

DE L'INTUITUS PERSONÆ

DANS LA

SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 Juin 1929, à 14 heures

PAR

Guillaume CAMERLYNCK

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

Président..... M. PERCEROU, *professeur.*
Suffragants..... { MM. RIPERT, *professeur.*
LÉVY-ULLMANN, *professeur.*

PARIS

A. PÉDONE, Éditeur

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot

1929

DE L'INTUITUS PERSONÆ

DANS LA

SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 Juin 1929, à 14 heures

PAR

Guillaume CAMERLYNCK

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

<i>Président.....</i>	M. PERCEROU, <i>professeur.</i>
<i>Suffragants.....</i>	MM. RIPERT, <i>professeur.</i>
	LÉVY-ULLMANN, <i>professeur.</i>

PARIS

A. PÉDONE, Éditeur

LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot

—
1929

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

ORIGINE ET ÉVOLUTION DE L' « INTUITUS PERSONÆ » DANS LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ

I. — DROIT ROMAIN

1^o **Origine du contrat de société.** — Selon la vieille formule d'Aristote reprise plus tard par les théoriciens du collectivisme, il existe un lien direct de subordination entre la forme d'une collectivité et les moyens dont elle tire sa subsistance. De même que la propriété individuelle n'était que le corollaire de l'artisanat médiéval, de même les découvertes du xix^e siècle et la concentration économique imposeront, dit-on, à la société une autre structure juridique.

Rome fut à l'origine un groupement d'agriculteurs, et c'est ce mode d'acquisition de la richesse qui, plutôt qu'un instinct grégaire propre, commandait la forme familiale. Pour exploiter l'*heredium*, il fallait au *paterfamilias* la collaboration de ses fils, tandis que les femmes, soumises à la même autorité, les secondaient dans leur tâche. Quelque théorie que l'on adopte sur l'origine du contrat de société, le point de départ en est bien l'organisme familial, premier groupement d'êtres collaborant pour poursuivre un but d'ordre économique, la subsistance.

Il apparaîtra tellement nécessaire de perpétuer cette association, qu'à la mort du *paterfamilias*, les *fili* continueront

à vivre en commun, laissant leur héritage en état d'indivision. C'est le « consortium », dans lequel beaucoup voient l'ancêtre direct de la société.

Comment est-on passé du consortium, état purement passif d'indivision, réglé par le jeu des lois successorales, à la société, qui, elle, suppose à son origine un élément de volition, une base contractuelle? Par la notion d'*amicitia*. Être *amici*, dans la Rome primitive, ne fera pas qu'engendrer des obligations d'ordre moral. Les *amici*, unis ou non par des liens de parenté, vont reproduire artificiellement le phénomène familial, ils vont vivre ensemble, et par là même tous leurs biens vont former une masse commune.

C'est ainsi qu'apparaîtra vraiment la première société, *societas omnium bonorum*, analogue au consortium, mais avec cette différence primordiale qu'on trouve à sa source une initiative, un contrat. Il est malaisé d'expliquer par quelle transition on est passé de la notion de consortium à celle de *societas* ; quoi qu'il en soit, cette origine de la société, basée sur des liens de parenté ou d'étroite amitié, la marquera dans ses caractères. Certes, des changements profonds dans le domaine économique et social prendront place, par suite des conquêtes de Rome et de son commerce croissant. Un esprit de lucre, et non plus le simple désir de vivre en commun, présidera à la naissance des sociétés ; à côté de l'ancienne *societas omnium bonorum* entre amis vont apparaître des formes nouvelles, *societates omnium quæstum, unius rei*. Néanmoins, la société restera toujours un groupement de personnes fondé sur une confiance et une estime réciproques de ses membres. Cet *intuitus personæ*, ainsi dégagé par l'histoire comme étant la source même et le principe directeur de la société, se transformera presque intact aux juristes de l'Ancien Droit, et formera la base du titre des sociétés dans le Code civil.

2^o **Le contrat de société en droit classique romain** (1). — La société, telle que la définissent les juristes classiques, est un contrat par lequel plusieurs personnes promettent de mettre quelque chose en commun afin d'en retirer un avantage.

(1) Cf. ÉMILE DE CHIARO, *Le contrat de société en droit romain*.

Contrat consensuel de bonne foi, il dérive ses principaux caractères du fait qu'il est conclu *intuitu personæ* :

1^o La notion de *bonne foi* apparaît comme prédominante ; tromper la confiance des autres associés, c'est commettre un véritable dol (1). Aussi la sanction du droit social, l'action *pro socio* est-elle infamante pour le défendeur condamné. Enfin, par le jeu du bénéfice de compétence, l'associé pourra n'être condamné que dans la limite de ses ressources ; c'est pour justifier cette institution du bénéfice de compétence qu'Ulpien parle de la fraternité qui unit les associés :

Cum societas jus quodammodo fraternitas in se habeat.

2^o L'accord de volontés qui a créé le contrat doit rester intact. Par la volonté unanime des associés, par le *contrarius dissensus*, il prendra fin ; bien plus, chaque associé pourra se retirer librement à tout instant. L'union de tous étant en effet déterminée par une volonté intime de collaboration, on ne concevrait pas qu'un associé pût rester lié malgré lui. Les clauses du pacte pourront rendre l'associé responsable d'une rupture arbitraire du contrat, mais non le priver de son droit. *Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat* (C. J., 4, 37, 5).

Aussi cette collaboration ne peut se poursuivre qu'entre les associés qui ont signé le pacte : un associé ne saurait se substituer un tiers : *nam socii mei socius meus socius non est.*

Partant de la même idée, le bien social sera rompu par la mort, la *capitis deminutio*, l'*egestas* ou ruine d'un associé : Primus a contracté avec Secundus, et non avec son héritier ; il a contracté avec Secundus parce qu'il était un citoyen compétent, honorable, solvable : leur association ne saurait survivre à la disparition de ces qualités.

3^o Enfin, et c'est une règle qui dérive des principes généraux du droit, la société, contrat intime unissant quelques individus, ne saurait avoir d'effet à l'égard des tiers : elle est *res inter alios acta* ; elle n'a aucune existence propre distincte de celle de ses membres, aucun jour sur le dehors, aucune personnalité

(1) Cf. PAUL : *Societas si dolo malo aut fraudendi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.*

morale, même embryonnaire. Lorsqu'un associé traite avec un tiers, même conformément au but social, il devient seul créancier ou débiteur.

Avec les besoins nouveaux qu'entraînait un commerce croissant, une difficulté d'ordre pratique devait surgir : le manque de crédit pour la société : le créancier n'avait en effet pour débiteur que l'associé contractant, et, si tous les associés s'engageaient ensemble, il devait diviser sa poursuite : il n'existait pas à proprement parler de dette sociale, mais une dette personnelle et conjointe à la charge de chacun des contractants. Pour y remédier, les associés s'engageaient solidairement, à chaque opération, de façon expresse ; mais la solidarité était une institution externe au contrat de société et qui le laissait intact.

Sous Justinien, il ne subira guère de modifications : institution juridique peu développée, la société reste un simple règlement de comptes. L'État, fortement centralisé, suffisait aux grands besoins économiques du monde romain.

II. — ANCIEN DROIT

Après la période d'éclipses provoquée par l'effondrement du monde romain, on assiste, dans les cités commerçantes du moyen âge, à une véritable floraison de sociétés commerciales, sociétés en nom collectif ou en commandite. Étudiant cette origine plus immédiate et plus directe de nos sociétés modernes, les juristes ont été frappés par l'*intuitus personæ* très étroit unissant les associés en nom, et en ont vu l'explication dans le phénomène familial (1). De même qu'à Rome, des individus unis par les liens du sang, ou d'amitié, ont mis leur activité en commun.

Des règles concernant le fonctionnement de ces sociétés commerciales vont très vite s'établir, et l'ordonnance de 1693 ne fera que préciser et codifier une pratique déjà ancienne et sanctionnée par les Parlements.

(1) Cf. PIC, *Des Sociétés commerciales*, t. I, p. 105, avec une bibliographie détaillée.

A côté de ces formes nouvelles de sociétés commerciales, nées spontanément des besoins économiques, on retrouve le contrat de société civile dont les règles sont identiques à celles du droit classique romain, d'après l'analyse des juristes de l'Ancien Droit. Contrat intime, simple rapport d'obligation entre associés, il n'a pas d'effet à l'égard des tiers : la société n'a pas de vie extérieure, pas de patrimoine propre. « Lorsque la dette n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en est tenu envers le créancier, sauf à lui à s'en faire raison par son associé. Cela aurait lieu, quand même par le contrat il aurait exprimé qu'il contractait pour le compte de sa société » (POTHIER, *Contrat de société*, chap. VI, 105).

Le grand progrès réalisé par le moyen âge a été justement de doter les sociétés commerciales du minimum d'existence propre nécessaire à leur fonctionnement. D'après l'ordonnance de 1693 sur les sociétés commerciales :

1^o Les biens mis en commun par les associés constituent un patrimoine distinct, affecté à la société. La charte particulière qui régit ces biens est opposable aux tiers, puisque l'on reconnaît aux créanciers sociaux un droit de préférence sur eux ;

2^o L'associé contractant au nom de la société oblige tous les associés, et cela solidairement. La société a donc un crédit propre très fort, « réel », d'abord sur certains biens qui lui sont exclusivement affectés, « personnel » ensuite, puisque les obligations contractées en son nom sont assumées *in infinitum* et solidairement par tous les associés.

Mais, et c'est un point capital, malgré cette différence essentielle entre les sociétés commerciales d'une part et les sociétés civiles de l'autre, différence qui subsistera jusqu'à la fin du XIX^e siècle (1), on n'en a pas moins analysé dans les deux cas le contrat de société comme étant basé sur l'*intuitus personæ* ; que la société ait ou non une vie extérieure, une personnalité morale, que les nécessités du commerce aient ou non modifié sur certains points son fonctionnement, elle n'en suppose pas moins une union intime des associés en raison d'une

(1) Ce n'est qu'en 1891 que la Cour de cassation a reconnu la personnalité morale aux sociétés civiles (Cas., 23 fév. 1891 ; S., 92, I, 73 ; D., 91, I, 337).

confiance mutuelle et d'affinités communes. Aussi en résulte-t-il dans l'Ancien Droit, pour toute société, civile ou commerciale, une double conséquence :

1^o Incessibilité de la part sociale sans le consentement des autres associés. Pothier (chap. V, 91) reproduit la règle classique : *Socii mei socius, socius meus non est* ;

2^o La société est dissoute par la mort d'un associé. Pothier (chap. VIII, 146) l'explique ainsi :

« La raison est que les qualités personnelles de chacun des associés entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, parce qu'il peut se faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort que j'ai voulu contracter la société. »

Il en est de même pour la faillite et la mort civile d'un associé.

Donc, qu'il s'agisse de sociétés civiles ou commerciales, même analyse de la volonté des parties comme ayant voulu contracter *intuitu personæ*, mêmes conséquences juridiques de ce fait psychologique présumé. Nous aurons justement à voir au cours de cette étude si la vie extérieure dont bénéficie la société commerciale et son fonctionnement à l'égard des tiers ne vont pas réagir sur cette notion classique de l'*intuitus personæ*, propre aux rapports des associés entre eux, et modifier ses conséquences juridiques.

III. — DE L' « INTUITUS PERSONÆ » DANS LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ACTUELLES

Dans le régime actuel des sociétés commerciales en droit français, la jurisprudence et la doctrine distinguent communément deux groupes bien distincts de sociétés :

Les sociétés de personnes d'une part, comprenant la société en nom collectif et la commandite simple ;

Les sociétés de capitaux de l'autre, comprenant la commandite par actions et la société anonyme.

De plus, « intérêt est synonyme de droit dans une société de personnes, action est synonyme de droit dans une société de capitaux » (WAHL, S., 1909, I, 577).

Alors que la société de personnes est basée par définition sur l'*intuitus personæ*, la société de capitaux repose sur l'*intuitus pecuniæ*. « L'intérêt, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne a été de la part des contractants l'élément déterminant de leur accord ; l'action, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne est restée étrangère à la formation du contrat » (Ch. BEUDANT, Réponse à Batbie, *Rev. crit.*, 1869, p. 403).

Il importe maintenant de préciser ce qu'on entend par cette expression de « considération de la personne », d'*intuitus personæ*, en tant qu'il domine la société de personnes ; quelles sont et sa valeur juridique et les diverses conséquences qu'on en peut tirer ?

L'ayant ainsi étudié dans son domaine propre, nous pourrions mieux juger de la signification exacte et de la portée du principe de l'exclusion de cet *intuitus personæ* dans les sociétés de capitaux.

A. De l' « *intuitus personæ* » dans les sociétés de personnes.

— La société de personnes du droit commercial se rattache directement à la société classique du Code civil ; les règles relatives à cette dernière s'appliquent en principe en matière commerciale. Art. 18, Code de commerce : « Le contrat de société se règle par le *droit civil*, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties ».

En particulier, qu'elle soit civile ou commerciale, une société de personnes, par sa désignation même, est dominée par l'*intuitus personæ*, et les règles du Code civil qui se rattachent à cette notion d'*intuitus* s'appliqueront dans les deux hypothèses.

Ceci posé, que faut-il entendre exactement par *intuitus personæ* ? C'est la considération de la personne du co-contractant, de son identité, de ses qualités de façon très générale, quand on s'associe pour former une société. C'est donc un facteur d'ordre psychologique, un élément intentionnel capital,

qui détermine l'individu à contracter. Mais, pour donner effet à cette intention de chaque associé, il est inutile, semble-t-il, de faire appel à une notion qui serait particulière au contrat de société. Il suffit d'appliquer le principe général de l'autonomie de la volonté : s'il apparaît à l'analyse que les parties ont eu strictement en vue, en contractant, la personnalité des autres associés, il est évident, par interprétation de cette volonté, que tout changement dans cette personnalité constituera une atteinte à la convention.

Aussi bien la notion d'*intuitus personæ* n'est-elle pas propre au contrat de société. Elle est à la base de tous les contrats de bienfaisance. Évidente dans les libéralités, elle explique également les règles d'une convention comme le mandat : Primus institue Secundus son mandataire en raison de ses qualités personnelles, parce qu'il a en lui une confiance particulière. Secundus ne saurait se substituer un tiers dans l'accomplissement de son mandat ; de plus, sa mort entraînera rupture du contrat, car Primus peut ne pas avoir la même confiance dans l'héritier de son mandataire, et ce dernier n'a peut-être pas non plus les mêmes raisons de vouloir obliger le mandant.

L'*intuitus personæ* n'est pas étranger aux contrats à titre onéreux eux-mêmes. La théorie de l'erreur sur la personne n'en est au fond qu'une application (art. 1110 Code civil).

« Elle (l'erreur) n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

De façon très générale, on peut dire que, dans tout rapport d'obligation, la considération de la personne joue un rôle plus ou moins important. Les obligations de faire ont souvent un caractère strictement personnel : si je commande un tableau à tel peintre, c'est évidemment en raison de son talent personnel ; son obligation ne saurait se transmettre à un tiers ou un héritier. L'article 1237 du Code civil dispose : « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». Et, même dans le cas d'obligation de

somme d'argent, le créancier ne prête au débiteur que parce qu'il a confiance dans son honorabilité ou son crédit. On ne concevrait pas que le débiteur pût transférer sa dette à un tiers sans le consentement du créancier ; en ce sens, on peut considérer l'impossibilité du transport de dettes comme une conséquence de l'*intuitus personæ* qui domine toute la théorie des obligations.

Mais dans le contrat de société l'*intuitus personæ* prend une valeur particulière. A la différence des contrats à titre onéreux en général, il n'implique pas entre les contractants un antagonisme d'intérêts ; bien au contraire, il suppose une étroite collaboration résultant d'une identité d'intérêt économique ; tout ce dont s'enrichit la société par l'activité de l'un des associés profite à tous. Aussi conçoit-on l'importance prépondérante qu'attache chaque associé aux qualités particulières des autres, à leur compétence et leur loyauté.

De cet *intuitus personæ* ainsi dégagé, il faut rapprocher deux notions voisines mais distinctes :

1^o *Le principe de bonne foi*. En droit français, « les conventions doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134, al. 3, du Code civil). Mais la bonne foi a toujours de façon plus particulière constitué « l'âme des sociétés ». Paul le disait déjà, et les rédacteurs du Code civil ont rappelé cette règle dans l'article 1833 : « Toute société doit avoir un objet licite et être contractée pour l'intérêt commun des parties ». Il est certain qu'on peut rapprocher logiquement les deux conceptions de bonne foi et d'*intuitus personæ* : les parties s'étant engagées en raison de leurs qualités réciproques et de la confiance qu'elles s'inspirent mutuellement, la bonne foi doit présider à leurs rapports. Mais la bonne foi n'est pas unie par un lien nécessaire à l'*intuitus personæ* ; dans la société de capitaux, dont ce dernier est exclu, la bonne foi joue un rôle important, et la jurisprudence et la doctrine s'en sont servies pour apporter une limitation aux pouvoirs de la majorité. En réalité, la force particulière de la bonne foi dans le contrat de société s'explique beaucoup plus par une notion essentielle, celle d'*affectio societatis*.

2^o L'*affectio societatis*, c'est « l'intention commune de tous

les contractants de grouper leurs efforts en vue d'un but commun » (PIC, *Sociétés*, t. I, p. 69) ; « une pensée de coopération économique, ou, plus exactement, une volonté de collaboration active en vue d'un but commun, qui est la réalisation d'un enrichissement par la mise en commun des capitaux et de l'activité des associés ». L'*affectio societatis* est commune à toute société, qu'elle soit de personnes ou de capitaux, mais il est évident qu'elle sera d'autant plus forte que les associés seront unis par des liens plus étroits. La volonté de collaborer sera bien plus nette, effective, chez les membres d'une société en nom collectif, se connaissant et s'appréciant mutuellement, que chez la masse des associés anonymes d'une société par actions, qui s'ignorent les uns les autres.

De ce point de vue, l'*intuitus personæ* semble une qualification de l'*affectio societatis*, qui sera, dans une société de personnes, la volonté de collaborer en vue d'un but commun, chez des individus unis par des liens d'estime et de confiance réciproques.

Quelles sont, en droit positif, les conséquences de l'*intuitus personæ*? On peut les rattacher à deux ordres d'idées :

1^o Une première série de conséquences se rattache au caractère personnel du titre social. C'est surtout cet aspect qui a frappé les auteurs, et c'est à son propos que les traités parlent d'*intuitus personæ*. « La société implique un certain *intuitus personæ* dont la conséquence logique est de rendre, sauf clause contraire, la part d'associé intransmissible aux héritiers de l'associé décédé, et incessible » (PIC, *op. cit.*, p. 73). Donc, conséquence double du caractère personnel du titre d'associé :

a. Intransmissibilité par décès : elle est prévue expressément par l'article 1865, al. 3, du Code civil : « La société finit... par la mort naturelle de quelqu'un des associés ».

L'alinéa 4 du même article, qui prévoit la dissolution par l'interdiction ou la déconfiture d'un associé, se rattache à la même idée : les autres associés avaient contracté avec lui parce qu'il était honorable et solvable : une modification aussi importante dans ses qualités que l'interdiction ou la déconfiture dissout la société ; c'est encore une conséquence de l'*intuitus personæ* qui a présidé à la conclusion du contrat.

b. L'incessibilité de la part sociale trouve sa base dans l'article 1861 du Code civil : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société : *il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration* ». Se substituer un tiers sans le consentement des autres associés constitue une violation directe de l'*intuitus personæ*.

2^o Mais l'*intuitus personæ* se manifeste sous un second aspect : il domine non seulement le recrutement du personnel social en quelque sorte, mais encore le fonctionnement même de la société. D'après l'article 1859 du Code civil : « A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

« Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement, sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue... »

C'est bien une présomption de volonté de la part des associés reposant sur l'*intuitus personæ* : comme ils n'ont conféré à aucun d'eux de prééminence particulière dans la gestion de la société, on supposera que, s'étant unis surtout en raison de leurs qualités personnelles respectives, ils ont entendu se réserver des pouvoirs égaux d'administration, sans tenir compte des apports plus ou moins importants qu'ils ont pu faire : la considération de la personne l'emporte sur celle des capitaux ; comme on l'a dit, « l'homme vaut l'homme ».

Si, au cours de la société, les associés veulent désigner un gérant, il faut pour cette nomination réunir l'unanimité des suffrages.

Pratiquement, les statuts désigneront un ou plusieurs gérants ; cette désignation, véritable clause du pacte social, est évidemment dictée par l'*intuitus personæ* : chaque associé est entré en société parce que la direction était confiée à l'un d'eux qui réunissait des qualités particulières d'administrateur. Cette considération explique la règle de l'irrévocabilité,

sauf clause contraire, du gérant statutaire (art. 1856 du Code civil, *in fine*) : « Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure ; mais, s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat ».

Dans la commandite simple, la discrimination qui est faite entre deux catégories d'associés a très nettement pour fondement l'*intuitus personæ*. Le bailleur de fonds, le commanditaire, s'associe évidemment avec le gérant en raison directe des qualités personnelles de ce dernier ; quoique à un moindre degré, la considération de la personne entre également en ligne de compte dans le choix du commanditaire par le gérant, qualités d'honorabilité et de crédit ; bien qu'il n'apparaisse pas aux yeux des tiers, le commanditaire n'en est pas moins appelé à collaborer avec le gérant et à surveiller son activité : une bonne entente et une confiance réciproques sont nécessaires.

B. De l'exclusion de l'« intuitus personæ » dans la société de capitaux. — Les sociétés de capitaux, dans la définition classique qu'on en donne, comprennent la commandite par actions et la société anonyme.

La commandite par actions répond en réalité à un type mixte ; elle comprend en effet, à côté des actionnaires, des gérants, véritables associés en nom, qui s'unissent entre eux, et sont choisis par les actionnaires, *intuitu personæ*.

« La société anonyme est au contraire une pure société de capitaux exclusive de tout *intuitus personæ*. Plus d'associés en nom responsables personnellement ; tous les associés sans exception sont des actionnaires dont le droit social est représenté par un titre négociable. A la tête de la société sont placés des administrateurs, élus par l'assemblée, temporaires et révocables, qui, suivant les principes généraux du mandat, obligent la société sans s'obliger eux-mêmes. Si la commandite représente l'alliance du capital et de l'industrie, la société anonyme associe avant tout les capitaux entre eux... » (PIC, t. I, p. 188).

Quelle est l'origine d'une pareille société, reposant sur le principe de l'*intuitus pecuniæ* ?

Certains auteurs ont fait remonter la société anonyme du droit moderne aux sociétés de publicains du droit romain ; si l'on ne peut établir entre elles de lien historique direct, il n'y en a pas moins des points de ressemblance assez frappants.

La société du droit romain, telle que nous l'avons analysée au début de notre introduction, est un simple rapport d'obligations basé sur l'*intuitus personæ*. A côté et en dehors se sont développées à Rome des sociétés de forme particulière, *societates publicanorum*, percevant les impôts en vertu d'une concession. De formation temporaire, elles disparurent dès le Haut-Empire et furent sans influence sur l'évolution du contrat de société ; aussi les avions-nous négligées. Cette société de publicains jouit de la personnalité morale et possède un capital propre ; ses créances et ses dettes ne tombent pas dans le patrimoine individuel des associés. Une pareille société nécessitant de plus la réunion de capitaux importants, l'apport va tendre à prendre le pas sur la personne des associés : l'*intuitus personæ* va se relâcher. La société ne sera pas dissoute par la mort d'un associé, et il arrivera même que certaines parts sociales seront cessibles et donneront lieu à de véritables spéculations. La société est gérée par des *magistri*, changés tous les ans ; les décisions en dehors de leur compétence sont prises par l'assemblée des *socii*.

L'origine plus immédiate de la société anonyme a donné lieu à de nombreuses controverses (1). L'ancêtre le plus direct semble en être la « Compagnie » de l'ancien droit. Apparue en France au début du ^{xvii}e siècle, elle a fait face aux besoins créés par la colonisation, œuvre nécessitant de gros capitaux, immobilisés pendant longtemps, à rendement problématique et éloigné. Aussi la royauté fit-elle appel à des compagnies concessionnaires ; leur statut étant réglé arbitrairement par une charte royale, il est difficile d'établir des règles générales à leur endroit. Ce qu'il y avait d'essentiel, du point de vue juridique, c'était la limitation de responsabilité des associés au montant de leur mise. Dans une pareille compagnie, l'*intui-*

(1) Cf. THALLER, Les sociétés par actions dans l'ancienne France (*Ann. Dr. can.*, 1901, p. 185).

tus personæ tendait à s'effacer. On demandait aux capitalistes un apport déterminé, et non des qualités personnelles dont on n'avait cure. La vie de la société, véritable personne morale, était indépendante de celle de ses membres; enfin, assez souvent, la part sociale était cessible.

La société anonyme actuelle repose sur un fondement analogue, mais elle s'est émancipée, et, sortie du domaine du droit public, elle ne suppose plus nécessairement la gestion d'un service public ou d'une entreprise d'intérêt général; elle est devenue le moule qu'adopte le plus volontiers la société commerciale du droit privé. Née des modifications survenues dans les conditions de la production, son grand développement au cours du XIX^e siècle a répondu à un double besoin :

1^o *Concentration des capitaux* tout d'abord. Elle permet la réalisation de vastes entreprises dépassant le cadre et les possibilités des sociétés de personnes. « La supériorité économique des sociétés est attestée par les résultats auxquels le commerçant et l'industriel sont arrivés pendant le cours du XIX^e siècle, grâce à la société par actions par excellence, c'est-à-dire à la société anonyme. Son impulsion a été prodigieuse dans toutes les branches d'activité (chemins de fer, assurances, mines, manufactures, ventes en grands magasins). C'est aussi qu'elle a la vertu puissante de concentrer les capitaux dans la formation des entreprises et de les diriger vers un but » (THALLER, *Traité élémentaire*, n^o 222).

Pour réunir ces capitaux, la société anonyme s'adressera au plus grand nombre possible de capitalistes, à l'épargne en général : par là même, il deviendra impossible de tenir compte de l'identité et des qualités particulières de chaque souscripteur, d'où nécessité de l'exclusion de l'*intuitus personæ* dans le recrutement du personnel social. La cessibilité de l'action est la conséquence logique de cette exclusion : la personnalité du souscripteur primitif étant indifférente, il sera également indifférent qu'il cède son titre d'associé à un tiers; cette faculté de céder son titre, de spéculer, ne fera qu'attirer d'autant plus le souscripteur et facilitera par là même la réunion de capitaux.

2^o *Stabilité de l'entreprise*. — Il était nécessaire, pour per-

mettre à la société de mener à bien une œuvre de longue haleine, de lui conférer une grande stabilité. Personne morale parfaite, avec un capital et un crédit social nettement distincts, son existence sera indépendante de celle de ses membres. La mort, l'interdiction ou la faillite d'un associé ne l'atteindront pas. L'exclusion de l'*intuitus personæ*, qui explique la cessibilité entre vifs, justifie également la transmissibilité par décès.

Le but économique que poursuit la société anonyme nécessitant l'exclusion de l'*intuitus personæ* dans la composition du personnel social, il était logique de baser sur le même principe les règles de son fonctionnement. Ce sont les capitaux, auxquels on a fait appel sans tenir compte de la personne des associés, qui vont gérer la société par le mécanisme de l'assemblée générale. Les délibérations y sont prises à la majorité des voix (art. 22 de la loi de 1867). Le calcul des votes est fondé sur l'*intuitus pecuniæ* : on vote, non par tête, mais par fraction de capital, par action. Cette assemblée désignera les administrateurs : son choix sera évidemment dicté par l'*intuitus personæ* ; mais ces administrateurs, mandataires temporaires et révocables, ne sont que l'émanation de l'assemblée générale, organe suprême de la société, organisée d'après le principe de l'*intuitus pecuniæ*.

La vie extérieure de la société va refléter cette absence d'*intuitus personæ* dans sa composition et son fonctionnement : son crédit, reposant sur le capital social, est distinct du crédit personnel des associés. Ces derniers n'engagent que leur mise, et cette limitation de la responsabilité à l'égard des tiers se rattache à l'absence d'*intuitus personæ* entre les associés : s'unissant sans tenir compte de leurs qualités personnelles respectives, ils ne peuvent exposer tout leur patrimoine, tout leur crédit à l'aléa d'une collaboration avec des étrangers reposant sur le principe majoritaire. Tels sont dans leurs grandes lignes les caractères de la société anonyme ; elles s'inspirent du principe de l'*intuitus pecuniæ*.

Mais les nécessités de la lutte économique et l'activité des hommes d'affaires firent céder ce cadre trop rigide. Le législateur avait envisagé, en une conception théorique, un organisme

aux rouages minutieusement réglés, et dont seul l'argent était l'âme. Sous des formes diverses, la considération de la personne allait reprendre une influence prépondérante et déjouer la loi du seul capital, tant au point de vue de la composition que du fonctionnement de la société.

Du point de vue du choix des associés, tout d'abord. Tout en cherchant à bénéficier de la responsabilité limitée en adoptant la forme de la société anonyme, les associés vont exiger les uns des autres des garanties d'ordre personnel. Des concurrents, des étrangers, des spéculateurs peuvent se dissimuler derrière le voile de l'anonymat : ou les statuts exigeront telle qualité précise comme la nationalité française, ou bien ils conféreront à l'assemblée générale ou au conseil d'administration le pouvoir d'apprécier arbitrairement si l'associé présente des garanties suffisantes. La protection de l'organisme social a nécessité la réapparition d'un *intuitus personæ* qui semblait devoir rester étranger à la société anonyme.

Ensuite, dans le fonctionnement même de la société, le principe de la gestion par la majorité des capitaux allait se trouver déjoué par l'activité de certains individus ou groupements cherchant à s'assurer une prépondérance contraire au jeu normal de cette loi : parfois ouvertement, par l'attribution d'actions à vote plural à certains associés ; parfois de façon occulte, par des combinaisons que favorise l'absentéisme de nombreux actionnaires. Le conseil d'administration, composé en principe de mandataires temporaires et révocables, devait naturellement chercher à consolider sa situation et à devenir en réalité le pouvoir prépondérant dans la société : la direction de l'entreprise est assumée non pas tant par la majorité des capitaux que par un groupement restreint de personnes.

On rattache habituellement ces manifestations diverses à l'*intuitus personæ*, puisqu'elles constituent des dérogations à l'*intuitus pecuniæ*. En réalité, quand on l'envisage ainsi par opposition avec l'*intuitus pecuniæ*, l'*intuitus personæ* prend une acception nouvelle et beaucoup plus extensive. C'est ainsi que Escarra (note au D., 27, I, 161) cite pêle-mêle, comme se rattachant à l'*intuitus personæ* : la non-émission de titres représentatifs des droits des associés, les syndicats et le blocage

des actions comportant la cession du droit de vote, les actions à vote plural, le droit de souscription préférentiel, les restrictions conventionnelles à la cessibilité des actions, la société à responsabilité limitée. Bourcart (Cf. infra), analysant les articles 22 et 26 de la loi de 1867 exigeant de l'administrateur de la société anonyme la qualité d'actionnaire, voit là une manifestation très nette d'*intuitus personæ* : c'est pourtant une prescription purement légale, étrangère à la volonté présumée des contractants. Enfin, Mazeaud (*Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, p. 237) déclare :

« Déjà le législateur de 1867, quelque importance qu'il ait attaché à l'*intuitus pecuniæ*, avait permis de faire place dans l'organisation du vote à l'*intuitus personæ* ; l'article 27 donne en effet l'autorisation de limiter le nombre de voix dont peut disposer chaque actionnaire. De là, dans les statuts, l'insertion de clauses restrictives analogues à celles souvent imposées par les législations étrangères. Il est tantôt stipulé que chaque actionnaire ne pourra pas disposer de plus du tiers, du cinquième ou du dixième du nombre total des suffrages exprimés à l'assemblée... Tantôt, plus simplement, on décide que chaque actionnaire ne pourra pas disposer de plus de 25 ou 100 voix...

« Quel est le but de toutes ces stipulations ? Sans aucun doute diminuer l'*intuitus pecuniæ* au profit de l'*intuitus personæ*... »

Ainsi compris, l'*intuitus personæ* n'est plus seulement un élément psychologique, intentionnel, la considération des qualités personnelles du co-contractant lors de la conclusion du pacte social ; mais, d'une façon plus large, par opposition avec l'*intuitus pecuniæ*, c'est toute dérogation apportée à la loi des capitaux par l'élément personnel, spirituel, dans la composition et le fonctionnement de la société. Cet *intuitus personæ* pourra résulter aussi bien de la loi que de la volonté des parties ; il pourra se manifester au cours de la société comme à ses débuts ; favoriser tels associés en raison de leurs qualités particulières, ou au contraire la personne *in abstracto*. Il pourra être le résultat de l'activité spontanée d'un individu ou d'un groupe.

Pour faciliter l'analyse de l'*intuitus personæ* ainsi entendu,

lato sensu, n'est-il pas possible de faire certaines discriminations, de rattacher ses diverses manifestations à deux ou trois idées centrales et d'aboutir peut-être, pour chacun des groupes dégagés, à des conséquences juridiques distinctes?

Les distinctions suivantes ont été proposées :

1^o *L'intuitus personæ* « ancien style », envisageant la personne individu, d'une part, et de l'autre, *intuitus personæ* « nouveau style », d'ordre « spirituel » ;

2^o *Intuitus personæ singulæ*, s'opposant à *l'intuitus personarum*.

1^o « *Intuitus personæ* » proprement dit et « *intuitus personæ* » nouveau style. — Dans une étude approfondie, parue dans le *Journal des Sociétés* (1927, p. 513), et intitulée « De *l'intuitus personæ* dans les sociétés », l'auteur, M. Bourcart, fait, dès son introduction, une distinction essentielle sur laquelle est basée la division bipartite de son article. Pour ne pas diminuer la valeur de cette analyse, et pour pouvoir en faire ensuite à plus juste titre la critique, nous citerons certains passages intégralement.

Pour l'auteur, *l'intuitus personæ*, tel qu'il fonctionnait à Rome dans la société primitive, s'attachait surtout à la personne physique, à l'individu envisagé de façon générale.

« Le développement de la civilisation et des besoins économiques fit naître d'autres idées. La réalisation de vastes entreprises exigeait des masses de capitaux qui dépassaient de beaucoup les ressources d'individus isolés, en admettant même qu'ils consentissent à les engager dans des opérations dans lesquelles les risques compensaient les avantages entrevus. L'argent prit, à côté des personnes, un rôle de plus en plus considérable. De bonne heure déjà, l'utilité de l'argent, jointe à l'activité de la personne, était apparue dans le contrat de commande.

« On y découvre *l'intuitus personæ* sous un aspect plus complexe qu'auparavant. Si la considération de la personne, en tant qu'individu, paraît bien être envisagée comme autrefois en ce qui concerne les commanditaires, il est bien évident qu'en ce qui concerne celui qui mène l'affaire, le gérant, ce que

l'on considère, c'est non seulement sa personne individu, mais aussi et surtout ses capacités présumées : on voit poindre une physionomie différente de l'*intuitus personæ*. »

M. Bourcart trouve dans le titre III de la loi de 1867, prévoyant la société dite « à capital variable », une illustration de l'*intuitus personæ* nouveau style. Dans une pareille société, les statuts pourront soumettre à l'agrément du conseil ou de l'assemblée générale le transfert des actions (art. 50), et reconnaître à l'assemblée générale le droit d'exclure un associé (art. 52).

« Ces deux dispositions sont bien caractéristiques. On pourrait être tenté de dire : c'est l'*intuitus personæ* qui reparait. Mais ce n'est pas cela. L'article 54 de la loi nous le prouve : « La société ne sera pas dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés ». Ce n'est donc pas l'*intuitus personæ*, notre vieille connaissance. Tout au plus, pourrait-on suggérer qu'il y a là un *intuitus personæ* négatif. On tient, non pas à avoir une personne déterminée, mais à ne pas l'avoir ; on veut l'empêcher d'entrer ou même la faire sortir. Mais cette expression *intuitus personæ* négatif ne me satisfait pas entièrement. En réalité, on est en présence ici de cet *intuitus personæ* d'un genre différent, que nous avons déjà frôlé et qui s'attache, non pas à l'individu lui-même, mais à ses qualités, à sa capacité. La personne physique est indifférente, et, de là, l'article 54 ; au contraire, la personnalité intellectuelle et morale est prépondérante. Voilà ce que signifient ces dispositions.

« Il y a donc deux sortes d'*intuitus personæ*. Il y a l'*intuitus personæ* vieux style, qui s'attache à la personne en tant qu'individu déterminé, et il y a l'*intuitus personæ* nouveau style, dans lequel la personne se dépouille de son enveloppe corporelle, charnelle, en sorte qu'il ne reste plus que l'esprit, les qualités intellectuelles et morales. Observons que, sous le premier aspect, on ne fait pas complètement abstraction des qualités intellectuelles et morales. On doit penser qu'on les suppose chez telle ou telle personne déterminée, parente ou amie. Au contraire, sous le second aspect, on fait bien abstraction de la personne physique pour ne considérer que la spiritualité. »

Quelle est la portée exacte de cette distinction entre la considération de la personne « physique » ou au contraire « spirituelle » ? Il semble nécessaire de la préciser un peu.

Dans la société de personnes, les associés s'unissent en raison de leur honorabilité, compétence et crédit respectifs ; souvent, un élément affectif viendra s'y ajouter si les associés sont parents ou amis. En somme, si Primus entre en société avec Secundus, c'est en raison de ses qualités physiques, intellectuelles et morales, suivant un dosage psychologique, impossible à analyser de façon précise le plus souvent, et dépendant de chaque cas particulier. Primus contracte si l'on veut avec Secundus envisagé comme « personne individu ».

Il est exact, comme le signale M. Bourcart, qu'une certaine évolution a pu se produire dans le contenu des divers éléments intentionnels poussant l'associé à contracter. Les qualités requises d'un bon associé varient avec les conditions de la production, avec le milieu économique dans lequel fonctionne la société. A l'origine du contrat de société, à Rome, on devait priser surtout les qualités de force physique et d'endurance ; la société supposait nécessairement de plus une vie en commun, l'élément affectif était prépondérant.

Mais en réalité, dès que le contrat de société a rempli sa fonction commerciale, l'*intuitus personæ* a pris ses caractères définitifs. Que ce soit à Rome, au moyen âge, ou à notre époque, les qualités d'un associé qui déterminent les autres à contracter avec lui restent sensiblement les mêmes. Elles varient beaucoup plus suivant chaque particulier qu'elles n'ont pu le faire au cours de vingt-cinq siècles. C'est cet *intuitus personæ*, tel qu'il fonctionne de nos jours dans la société de personnes civile ou commerciale, que l'on doit qualifier d'*intuitus* proprement dit, ancien style. L'erreur de M. Bourcart est de vouloir opposer la personne physique aux qualités intellectuelles et morales. Il veut bien reconnaître toutefois qu'on « ne fait pas complètement abstraction des qualités intellectuelles et morales. On doit penser qu'on les suppose chez telle ou telle personne déterminée, parente ou amie ». Mais le commerçant de notre époque qui entre en société en nom collectif avec un autre, le fait beaucoup plus en raison de ses qualités morales et

intellectuelles que de son « enveloppe charnelle ». Il est vain de vouloir faire ici une distinction. L'*intuitus personæ* proprement dit est pour nous celui qui, supposant une connaissance mutuelle des contractants, envisage la personne dans son ensemble, « la personne individu ».

Que faut-il entendre alors par *intuitus personæ* « spirituel », ou nouveau style?

M. Bourcart croit le voir poindre dans le contrat de commande du moyen âge : « il est bien évident qu'en ce qui concerne celui qui mène l'affaire, le gérant, ce que l'on considère, c'est non seulement sa personne individu, mais aussi et surtout ses capacités présumées. On voit poindre une physionomie différente de l'*intuitus personæ* ». Nous suivons mal ce raisonnement : le choix du gérant par le commanditaire est typiquement dicté par l'*intuitus personæ* proprement dit, supposant connue la personne individu dans son ensemble, avec ses diverses qualités, comprenant au premier chef ses capacités, fait qui n'est pas particulier à la commandite. C'est plutôt dans le choix du commanditaire par le gérant qu'apparaît un changement dans l'*intuitus personæ* : il se relâche très nettement, puisque le commanditaire n'est qu'un capitaliste auquel on demande un apport et qui ne collabore pas de façon effective à la gestion de la société. Malgré tout, quoique atténué, c'est encore le même *intuitus personæ*, impliquant une confiance mutuelle basée sur une connaissance respective.

C'est avec la société de capitaux qu'est apparu le nouvel *intuitus personæ*, forme dégradée de l'ancien. Dans la société anonyme, on fait en principe appel à tous les capitalistes, sans se soucier de leurs personnes. Mais il a souvent paru nécessaire, pour protéger la société, d'insérer certaines clauses exigeant des futurs associés des garanties d'ordre personnel, comme telle nationalité. Il est évident qu'on est en présence d'un cas d'*intuitus personæ* : les associés s'unissent parce qu'ils se savent doués d'une qualité personnelle commune, la nationalité française. Mais cet *intuitus* est tout différent du précédent ; il exige une qualité d'ordre tout à fait général, insuffisante pour identifier l'individu ; les associés s'ignoreront

les uns les autres. On peut alors parler d'*intuitus personæ* nouveau style, spirituel, abstrait.

Mais, le plus souvent, au lieu d'exiger une qualité précise, les statuts se contenteront de donner au conseil d'administration le pouvoir d'apprécier si le candidat-associé présente des garanties suffisantes. La forme objective que revêt ici l'*intuitus personæ* ne suffit pas à le qualifier de façon certaine ; il faut examiner comment en fait la clause fonctionne : on peut supposer une société composée de quelques actionnaires très peu nombreux ; unis *intuitupersonæ*, ils ont soumis dans les statuts tout transfert d'action à l'agrément du conseil : celui-ci examinera les qualités du cessionnaire en général, son identité et les garanties qu'il offre : on serait alors en présence de l'*intuitus personæ* vieux style, envisageant la personne-individu. Mais c'est une hypothèse assez exceptionnelle, et l'on peut dire, en règle générale, que les clauses d'agrément et de préemption consacrent, dans les sociétés de capitaux, un *intuitus personæ* nouveau style. Elles ont le même dessein que les clauses exigeant des associés des conditions précises : écarter du sein de la société tout individu pouvant être dangereux ; d'un mécanisme plus souple, elles permettent au conseil ou à l'assemblée d'apprécier librement, selon les circonstances, la désirabilité de l'individu. Le conseil, le plus souvent, se contentera d'examiner si le cessionnaire est bien français, ou s'il n'appartient pas à un groupe concurrent ; ou bien même, il approuvera le transfert sans aucune vérification.

Il ne s'agit donc pas le plus fréquemment de l'ancien *intuitus*, concernant la personne-individu et supposant sa connaissance de façon générale. Mais ce n'est pas une règle absolue, et en réalité, dans la clause d'agrément, on passe de façon insensible de l'ancien *intuitus personæ* au nouveau.

Cet examen de l'*intuitus personæ* nouveau style va nous permettre de mieux comprendre une autre distinction, souvent faite, entre l'*intuitus* positif et négatif. Pour nous, les deux distinctions s'identifient à peu près. Dans l'*intuitus personæ* ancien style, on envisage la personne-individu dans ses qualités personnelles positives, nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la société ; l'*intuitus personæ* a un

aspect actif. Au contraire, dans l'*intuitus personæ* nouveau style, on ne demande pas à l'associé de qualités positives dont profiterait la société. On exige de lui en quelque sorte une attitude de neutralité, des qualités négatives : on lui demande de ne pas appartenir à un groupe concurrent, étranger ou non, de ne pas pénétrer dans la société avec des intentions contraires à l'intérêt social. En réalité, si cela ne pouvait paraître paradoxal, on pourrait dire que cet *intuitus personæ* nouveau style a pour but de protéger, de renforcer l'*intuitus pecuniæ* : on demande à l'actionnaire d'être un simple apporteur, un capitaliste ; on veut que son anonymat soit réel, et que derrière lui ne se cache pas une volonté, une *personnalité* agissante.

Nous pouvons maintenant proposer une définition des deux *intuitus personæ* :

1^o L'*intuitus personæ* proprement dit est celui qui suppose la connaissance de la personne-individu, de son identité et de ses qualités diverses. Il est positif, actif ;

2^o L'*intuitus personæ* nouveau style envisage abstraitement une ou plusieurs qualités de l'individu ; à caractère surtout négatif, il ne suppose pas la connaissance de la personne qui est son objet, et ne suffit pas à l'identifier.

C'est à propos du recrutement des associés que nous avons fait cette discrimination ; mais elle se retrouve dans le fonctionnement de la société. Se rattache par exemple à l'*intuitus personæ* ancien style, l'attribution d'actions à vote plural à certains associés de personnalité connue, dont l'honorabilité et la compétence inspirent confiance aux autres ; découle au contraire de l'*intuitus personæ* nouveau style, la clause attribuant ce vote plural aux actionnaires qui justifient simplement de la nationalité française.

2^o « *Intuitus personæ singulæ* » et « *intuitus personarum* ». — Une autre distinction intéressante a été faite entre deux formes d'*intuitus personæ* par Mazeaud (*Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, p. 236 et suiv.). Étudiant les manifestations d'*intuitus personæ* dans l'organisation du vote, l'auteur examine deux procédés différents :

1^o Les clauses limitant le nombre de voix dont peut disposer chaque actionnaire, en dépit du nombre d'actions qu'il détient.

2^o Les clauses attribuant des actions à vote plural à une ou plusieurs personnes déterminées.

Avec les premières clauses, « on a voulu combattre l'omnipotence en général du capital : on s'est efforcé de protéger le petit actionnaire, de créer plus d'égalité par une inégalité.

« Tout autre est le but des actions à voix multiples. L'inégalité existe non seulement entre les actions, mais entre les actionnaires : à capital égal, influence différente.

« Aussi n'est-ce pas le même *intuitus personæ* qu'introduisent dans les sociétés de capitaux clauses restrictives et vote privilégié.

« Avec les premières, c'est la personne en général qui est prise en considération ; avec le second, une personne déterminée. A l'*intuitus personæ* ou *personarum* s'oppose l'*intuitus personæ singulæ*. L'*intuitus personarum* domine l'organisation du vote dans nos sociétés de personnes : l'homme y vaut l'homme : on vote par tête.

« Mais c'est l'*intuitus personæ singulæ* qui domine leur constitution. Cet *intuitus personæ singulæ*, que le vote privilégié a opposé à l'*intuitus pecuniæ* des sociétés de capitaux, est d'une autre nature et d'un ordre supérieur ; ce n'est pas seulement la personne en général, l'associé quel qu'il soit, qu'il vient défendre contre le capital ; c'est une personne déterminée ; c'est un associé ou un groupe d'associés qu'il met en mesure de commander aux autres associés. »

Cette distinction entre deux *intuitus personæ*, l'un envisageant une personne déterminée, l'autre la personne en général, *in abstracto*, pour leur donner une influence prépondérante dans l'organisation du vote, est judicieuse et fort claire.

Si l'on rapproche cette distinction de l'*intuitus personæ singulæ* ou *personarum* de celle qui a été établie dans la section précédente, on arrive à une triple hiérarchie :

1^o *Intuitus personæ* proprement dit ou *singulæ*, envisageant la personne-individu, connue dans son identité et ses qualités diverses ;

2^o *Intuitus personæ* nouveau style, envisageant abstraitemment telle qualité de la personne sans l'identifier ;

3^o *Intuitus personarum*, forme extrême du précédent, donnant à la personne, simplement parce qu'elle est telle, en raison de sa qualité spirituelle, une supériorité sur le capital dans les droits à la gestion de l'entreprise sociale (clause limitant le nombre de voix que peut posséder chaque actionnaire).

3^o « *Intuitus personæ* » présidant au choix des associés ou au fonctionnement de la société. — Dans la recherche d'un plan logique d'exposition et d'analyse juridique des diverses manifestations de l'*intuitus personæ* dans la société anonyme, les précédentes distinctions ne sauraient suffire. Certes, elles éclairent l'*intuitus personæ* sous des jours assez différents, et ne sont pas, nous le verrons, dénuées d'intérêt juridique. Mais, procédant de données psychologiques, elles sont en fait assez imprécises ; on peut passer par un lien continu de l'*intuitus personæ singulæ* à l'*intuitus personarum* le plus abstrait. Dans un problème comme celui des clauses restrictives de transmissibilité, ce critérium ne permet pas de dégager à première vue en présence de quel *intuitus* on se trouve ; dans un autre, celui des actions à vote plural, on trouvera, selon les cas, l'*intuitus personæ* sous les deux aspects. C'est donc plutôt un principe de subdivision que de division.

La distinction essentielle, déjà indiquée au cours de cette introduction, et sur laquelle nous baserons la division de notre étude en deux parties, est la suivante :

1^o L'*intuitus personæ* dictant le choix initial et le renouvellement des associés.

En règle générale, les membres d'une société anonyme sont recrutés *intuitu pecuniæ*, en tant que capitalistes, sans tenir compte de leurs personnes. « L'actionnaire est un associé dont on ne recherche point les qualités individuelles, mais seulement la mise » (THALLER, *Traité élémentaire*, n^o 575). Une définition analogue se retrouve dans tous les traités.

En fait, l'*intuitus personæ* apporte à cette règle de nombreuses dérogations. Quelles sont-elles ? Quels principes

juridiques viennent en limiter l'étendue? Tel sera l'objet de notre première partie.

2^o Une fois la société formée et son effectif social constitué, se pose logiquement le problème de son fonctionnement. Le même principe d'*intuitus pecuniæ* se retrouve : loi du capital, vote à la majorité des actions désignant des administrateurs, mandataires temporaires et révocables.

A ce principe l'*intuitus personæ* va encore apporter des dérogations multiples. Il ne s'agit plus ici de considérer si tel individu est apte ou non à faire partie de la société, mais de voir si la loi, la volonté des parties, ou leur activité particulière, ne confèrent pas à certains une influence éminente dans la gestion de la société, et cela, contrairement à la loi du capital, indépendamment de leur apport. C'est surtout sous ce second aspect que l'*intuitus personæ* prend une acception extensive.

Cette distinction n'est pas seulement un procédé commode d'exposition ; elle permettra d'arriver, pour les deux formes d'*intuitus personæ* dégagées, à des solutions juridiques différentes.

PREMIÈRE PARTIE

DE L' « INTUITUS PERSONÆ » DANS LE CHOIX INITIAL ET LE RENOUVELLEMENT DES ACTIONNAIRES DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

La société anonyme est née du besoin d'opérer une concentration des capitaux, afin de mener à bien des entreprises dépassant les possibilités habituelles des sociétés de personnes ; étant donné qu'elle cherche à réunir des sommes importantes, elle s'adresse à une multiplicité de petits capitalistes, sans pouvoir tenir compte de leurs qualités individuelles.

De prime abord, sur le terrain économique, la considération de la personne n'a point à intervenir :

« L'actionnaire est un associé dont on n'exige pas de qualités particulières, mais seulement la mise. »

Pourtant, à côté de ces préoccupations primordiales, groupement des capitaux et responsabilité limitée, il a souvent paru nécessaire de considérer la personnalité des associés. La loi elle-même déroge dans une large mesure au principe d'*intuitus pecuniæ*, à cette fiction de capital qui permettrait trop facilement d'éluder ses dispositions. Montrant la voie à la convention, elle considère à divers points de vue la personne de l'actionnaire. L'article 55 de la loi du 24 juillet 1867 exige tout d'abord que soit annexée à l'acte constitutif « la liste nominative, dûment certifiée, des souscripteurs, contenant les

noms, prénoms, qualités, demeure, et le nombre d'actions de chacun d'eux ». L'assemblée générale devra vérifier si tous les souscripteurs avaient la capacité requise par la loi : un mineur ou une femme mariée ne sauraient souscrire sans satisfaire aux formalités requises pour les incapables (1). Aussi voit-on les sociétés, dans la notice qui accompagne le bulletin de souscription, requérir des indications très précises sur l'identité et les qualités diverses des signataires ; en particulier, les femmes mariées, dûment autorisées, doivent indiquer de plus les nom, prénoms, profession et domicile de leur mari ; les femmes divorcées doivent mentionner cette qualité et la date du jugement.

La jurisprudence, s'inspirant du même principe, exige la sincérité de la souscription : elle annule les souscriptions fictives en donnant à ce terme de fictif un sens un peu particulier : il ne suffit pas que le quart du montant nominal ait été réellement versé, encore faut-il que celui qui a signé le bulletin de souscription soit le véritable souscripteur, et non pas un homme de paille, un prête-nom, auquel on a fourni en sous-main l'argent nécessaire. La personnalité du souscripteur ne semble donc pas indifférente aux tribunaux.

La convention, à l'exemple de la loi, révèle souvent chez les contractants la considération de la personne des actionnaires, car l'*intuitus personæ* permet de satisfaire, dans les sociétés anonymes, à de justes préoccupations :

1^o *Dans une première série d'hypothèses, on cherche à maintenir un intuitus personæ préexistant à la création de la société anonyme* : c'est la transformation d'une société de personnes en société de capitaux, rendue nécessaire par le développement de l'affaire, le désir de se procurer de nouveaux capitaux et de bénéficier de la limitation de responsabilité ; les associés chercheront cependant à poursuivre leur collaboration et à conserver entre eux le contrôle de l'affaire ; soit seuls, soit avec leurs parents, amis ou employés, ils souscriront la majorité des actions.

(1) La nécessité d'une liste nominative empêchera en outre d'enfreindre certaines incapacités particulières édictées par la loi : telle l'interdiction faite au notaire de souscrire, ou la nullité de la société entre époux.

Ainsi, la société en nom collectif « Charles Tiberghien et fils » est devenue, en 1921, avec le concours d'autres apporteurs, la société anonyme « Établissements Charles Tiberghien ». En rémunération de leurs apports, il a été attribué aux anciens associés en nom un nombre suffisant d'actions A et B pour conserver le contrôle de la société.

Les principaux administrateurs sont :

Président : M. Charles Tiberghien-Vandenberghe.

Administrateurs délégués : MM. Charles Tiberghien-Breuvard, Marcel Tiberghien-Vanoutryve, Alphonse Tiberghien-Pollet.

Dans de pareilles sociétés de famille, se transformant en sociétés anonymes, la désignation même de l'entreprise traduit cet *intuitus personæ* en donnant à l'entreprise capitaliste, selon une heureuse formule, « un relief individualiste ».

Les grands magasins ont souvent eu pour point de départ une société de personnes, et l'on trouve parfois dans leurs statuts des clauses que justifie cette origine.

Ainsi les grands magasins du Louvre, à la suite d'un fameux procès (Tribunal de commerce de la Seine, *Journal des Sociétés*, 1895, p. 224), ont modifié leurs statuts de telle manière que l'*intuitus personæ* qui domine la société s'y traduit expressément ; d'après le nouvel article 17, toute transmission d'actions à une personne autre qu'un actionnaire est soumise à l'agrément du conseil d'administration ; en cas de refus de sa part, l'actionnaire pourra provoquer une adjudication devant notaire, à laquelle pourront seuls prendre part :

« 1^o Les actionnaires ;

« 2^o Les employés en exercice ayant au moins dix années consécutives de présence, et rentrant, au moment de l'adjudication, dans une des catégories suivantes :

« A. Les employés intéressés sur les bénéfices annuels de la maison ;

« B. Les employés intéressés sur le chiffre annuel des affaires de la maison ;

« C. Les employés, chefs et sous-chefs de comptoirs intéressés sur le chiffre d'affaires d'un comptoir. »

C'est d'ailleurs parfois dès leurs débuts que des sociétés à

caractère familial ou intime prennent la forme anonyme. Il en était ainsi dans l'intéressante affaire des « Tissages de Ligugé » soumise à la Cour de Poitiers (4 juillet 1927 ; *Journal des Sociétés*, 1928, p. 536 ; *infra*, p. 83).

Souvent même un commerçant isolé transforme son fonds en société anonyme : c'est le cas, par exemple, de la société anonyme Paul Gruin : d'après l'article 6, M. Maurice Gruin, fondateur, apporte à la société son fonds de commerce, comprenant clientèle et achalandage, marques de fabrique et brevets, etc.

En rémunération de ses apports, il lui est attribué, outre 10 000 parts de fondateur :

1° 2 400 actions A à vote plural (5 voix) ;

2° 6 411 actions B sur 9 600 (1 voix).

Il suffit à M. Gruin de conserver les 2 400 actions A pour continuer à gérer librement l'affaire comme par le passé, puisqu'elles lui confèrent $2\,400 \times 5 \text{ voix} = 12\,000 \text{ voix}$, contre $9\,600 \times 1 \text{ voix}$, à supposer qu'il vende les actions B qui lui ont été attribuées.

2° *Certaines sociétés anonymes qui se créent édictent des restrictions dans le recrutement de leurs membres en raison de l'objet même qu'elles poursuivent :*

C'est le cas d'une société d'études ; en règle générale, elle se constituera sous la forme d'une association en participation ou d'une société civile, à raison même de son caractère personnel ; pourtant, il arrive que ces sociétés prennent la forme anonyme : les actions sont alors souscrites par un petit nombre d'individus et les statuts prévoient des restrictions à leur transmission (Société d'études pour la construction d'habitations).

C'est aussi le cas d'une société ne poursuivant pas un but purement lucratif et se rapprochant de la notion d'association : sociétés ayant pour objet l'exploitation d'un théâtre, cercle, journal, école.

La libre admission dans le corps social risquerait de créer une majorité pouvant fausser l'orientation primitive et le but poursuivi par les fondateurs. On trouve des exemples assez nombreux de ces préoccupations politiques et religieuses :

L'agence Havas, par exemple, dont les statuts (art. 6) prévoient la nécessité de l'agrément du conseil pour la transmission des actions.

La Société anonyme immobilière et d'enseignement libre (collège Stanislas), art. 8 des statuts : « Les cessions d'actions entre actionnaires sont absolument libres ; lorsqu'un actionnaire voudra céder à un étranger tout ou partie de ses actions, il devra en prévenir le conseil d'administration par lettre recommandée en lui faisant connaître les nom, prénoms, qualité et domicile de son acquéreur. Le conseil aura le droit d'accepter l'acquéreur proposé ou de le refuser et de soumettre la cession à un droit de préemption ci-après indiqué ».

La société de l'École nouvelle (collège des Roches) soumet également à l'agrément du conseil la transmission des actions.

Parfois, l'*intuitus personæ* est en étroite corrélation avec l'objet de la société :

Ainsi, l'article 8 des statuts de la « Pharmacie centrale de France », société anonyme au capital de 10 millions, ayant pour objet l'achat, la préparation et la vente en gros des produits chimiques et pharmaceutiques, stipule : « Nul ne peut être admis à devenir actionnaire de la société s'il n'est pharmacien et agréé par le conseil d'administration ; le conseil n'est pas tenu de motiver son refus ». Dans le même ordre d'idées, les actionnaires auront parfois en commun non pas une qualité politique ou religieuse, mais une qualité économique en quelque sorte, comme celle de consommateur (1). Telle la société anonyme « Les consommateurs de pétrole » ; d'après son article 3, la société a pour objet :

D'assurer principalement aux actionnaires consommateurs seuls propriétaires des actions définies à l'article 6, ci-après, les fournitures de combustible liquide nécessaires à leurs industries.

On peut dire que les actionnaires ont contracté *intuitu per-*

(1) Il est évident que nous nous en tenons strictement ici à la société anonyme ordinaire : cette idée de qualité économique commune est à la base de toutes les sociétés coopératives de production ou de consommation, et ne présente alors rien de dérogatoire. C'est cette formule de coopération qu'a voulu en particulier favoriser le législateur de 1867 par la création de la société dite « à capital variable » que nous laissons en dehors de notre étude.

sonæ en raison de leur qualité commune de consommateurs de pétrole. Les actions A qu'envisage l'article 6 sont à vote plural (dix voix contre une aux actions B) et assurent le contrôle de la société aux seuls consommateurs.

D'une façon bien plus générale, c'est cette idée de qualité économique particulière que l'on retrouve dans les formules d'omniums, holdings, et de tout ce qui traduit un désir de concentration dans la production. La société mère d'un omnium crée une filiale : cette dernière peut poursuivre un but identique à celui de la société mère, mais dans un pays différent ; elle la prolonge en quelque sorte géographiquement ; ou bien, au contraire, selon une concentration verticale, la filiale constitue une des étapes dans la production que poursuit l'omnium. Dans toutes ces hypothèses, l'*intuitus personæ* qui préside à la création de la société et qui se continuera pendant son existence prend un aspect économique : ce sont les qualités économiques de la société mère, le fait qu'elle est co-producteur, fournisseur ou consommateur, qui justifie son contrôle, et qu'on lui attribue par exemple à la création de la filiale un chiffre d'actions suffisant pour conserver la haute main sur l'entreprise nouvelle.

3^o *Toute société anonyme doit se défendre contre les spéculateurs et les concurrents, étrangers ou non.* — Nous nous trouvons en présence d'un *intuitus personæ* très différent : dans les deux premières séries d'hypothèses, l'*intuitus* avait un aspect positif : les actionnaires s'unissaient en raison de leurs qualités particulières de parents, amis, ou comme ayant une religion, une opinion politique, une profession ou une activité économique semblable. Au contraire, il s'agit ici de l'*intuitus personæ* nouveau style, à caractère négatif, que nous avons étudié dans notre introduction : la société veut se défendre contre l'entrée dans la société d'éléments qui mettraient sa vie même en danger ; aussi cherche-t-elle à contrôler le recrutement des actionnaires pour exiger d'eux une seule qualité : la passivité ; on désire que derrière l'anonymat ne se cache pas un concurrent, et que l'actionnaire soit uniquement un capitaliste, auquel le seul souci de conserver et de faire fructifier sa mise dicte son attitude dans les assemblées sociales.

Cette défense de l'organisme social contre l'intrusion d'éléments hostiles apparaît comme particulièrement justifiée quand il s'agit d'entreprises qui intéressent au plus haut degré la vie économique du pays, et au besoin sa défense. Nous verrons que la guerre a démontré à quel point la société anonyme pouvait être un instrument dangereux de pénétration économique.

4^o Enfin, les restrictions à l'entrée dans la société peuvent avoir simplement pour but d'assurer le respect d'un *intuitus personæ*, d'une discrimination déjà faite entre les actionnaires de la société anonyme et conférant à certains d'entre eux des droits prééminents dans la gestion. Les actions à vote plural, créées au profit de certains en raison de leurs qualités (nationalité, compétence), ne pourront être transmises qu'à des actionnaires présentant les mêmes qualités. Aussi les dispositions créant, soit dans les statuts, soit par délibération de l'assemblée générale extraordinaire, des actions à vote plural, sont-elles assorties de clauses concernant leur transmission.

Cette première partie se divisera en deux chapitres :

1^o Dans un premier chapitre, nous étudierons les divers aspects que revêt l'*intuitus personæ* dans le recrutement des actionnaires d'une société anonyme.

2^o Dans le second chapitre, nous rechercherons les principes juridiques nous permettant d'apprécier cet *intuitus personæ*, et de conclure à la validité, ou à la nullité, selon les cas, des diverses combinaisons étudiées dans le chapitre premier.

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERSES FORMES DE L' « INTUITUS PERSONÆ » DANS LE RECRUTEMENT DES ACTIONNAIRES DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

A l'origine même de la société anonyme, on trouve obligatoirement une initiative de la personne ; les capitaux nécessaires à l'entreprise sociale ne se réunissent pas spontanément. Il faut qu'un ou plusieurs individus aient conçu l'affaire, en aient étudié les conditions de fonctionnement, et procèdent ensuite à la constitution de la société. C'est le rôle des fondateurs. La loi, tout en leur imposant diverses obligations et une grave responsabilité, n'a pas défini ce qu'il faut entendre par fondateurs. C'est, de façon générale, toute personne ayant coopéré de manière effective à la constitution de la société.

Ce fondateur peut être unique : un commerçant transformant son fonds en société anonyme, une société créant une filiale. Souvent, le groupe des fondateurs se composera d'industriels, commerçants et techniciens d'une part, et de financiers de l'autre. Quelle que soit sa composition, quelle est la nature du groupement des fondateurs, du lien qui les unit ? Il suppose chez tous la volonté de collaborer de façon active à la constitution de la société. Mais cette intention peut se manifester sous les formes les plus diverses ; elle est d'autant plus difficile à saisir que la convention qui unit les fondateurs peut

être purement verbale, et que, en tout cas, elle est presque toujours secrète. Ce n'est pas une association aux termes de la loi du 1^{er} juillet 1901, car les fondateurs poursuivent un but lucratif, et sont rémunérés par l'attribution d'actions, de parts de fondateurs ou de places de premiers administrateurs. Pour Thaller, c'est une « association civile *sui generis* ».

Quel que soit le nom que l'on donne à ce groupement des fondateurs, il repose sur l'*intuitus personæ* : ils se sont unis en raison de leurs connaissances techniques ou financières, et de leur crédit ; aussi peut-on étendre aux fondateurs les dispositions du Code civil réglant les rapports entre associés qui dérivent de la notion d'*intuitus personæ*. Les décisions à prendre devront en principe réunir l'unanimité ; en fait, on donnera mandat à un associé d'accomplir les démarches nécessaires. Le groupement des fondateurs a une durée limitée : il ne saurait survivre à son objet, qui est la constitution de la société ; mais cette cause de dissolution n'est pas la seule : l'article 1165, al. 3 et 4, du Code civil, prévoyant la dissolution par décès, déconfiture ou interdiction de l'un des associés, doit s'appliquer, à moins de stipulation expresse ou d'intention évidente contraire des parties. Les connaissances particulières ou le crédit du fondateur décédé ou failli avaient peut-être déterminé les autres à contracter. On admettra aussi, par une même interprétation de la volonté des parties, que l'un des fondateurs ne saurait se substituer un tiers sans le consentement des autres associés.

Ce qui va permettre le plus souvent de caractériser le groupement des fondateurs, c'est que, avant de créer la société elle-même, il est nécessaire de procéder à certaines recherches : c'est l'objet de la société d'études, précédant souvent le groupement des fondateurs, se confondant en fait avec ce dernier, qui n'en est, en somme, que la phase ultime. Les fondateurs étudieront, par exemple, les débouchés possibles, les concours financiers ou commerciaux nécessaires, les conditions d'obtention et d'exploitation d'un brevet, ou encore d'une concession que l'un des membres postulera de l'administration, pour la rétrocéder ensuite à la société qu'on va former.

Cette société, ou syndicat d'études, peut revêtir les formes

les plus diverses. Parfois elle se constituera sous forme de société civile. Ainsi l'*Alfa*, société d'études pour l'utilisation à la fabrication de la pâte à papier de tous végétaux et notamment de l'alfa ; le fonds social de la société civile est fixé à 120 000 francs et divisé en 120 parts de 1 000 francs chacune. Ces parts sont réparties entre un certain nombre de sociétés, qui forment entre elles la société civile.

L'article 7 des statuts souligne l'*intuitus personæ* qui domine la société : « La cession des parts d'intérêt aura lieu, conformément à l'article 1690 du Code civil, par un acte enregistré et signifié ou accepté pour elle par le conseil d'administration dans un acte authentique. Toutefois, dans le but de conserver à la société son caractère d'association de personnes, les cessions de parts ne pourront être faites qu'à des personnes faisant déjà partie de la société et qui seront agréées par le conseil d'administration, ce dernier n'ayant pas à motiver sa décision dans le cas de refus ».

La société est gérée par un conseil d'administration nommé par l'assemblée générale des associés.

L'article 2 des statuts prévoit comme rentrant dans l'objet de la société civile la constitution de sociétés « ayant pour objet l'exploitation et la mise en œuvre des concessions obtenues ou à obtenir, ou l'exploitation de tous procédés de fabrication et autres » ; et l'article 14 détermine de façon intéressante quels seront dans ce cas les droits des associés : « En cas d'apport quelconque à une société constituée ou à constituer, le prix des apports, qu'il soit remis en espèces ou en titres, sera réparti aussitôt que possible entre les associés proportionnellement aux parts possédées par chacun d'eux. Au cas où la présente société constituerait une société par actions pour l'exploitation de procédés ou de concessions, les membres de la présente société auraient la faculté de souscrire la totalité du capital espèces de la nouvelle société, chacun dans la proportion des parts par lui possédées ».

En fait a été constituée par la suite l'« Alfa », « société anonyme pour la fabrication des pâtes de cellulose ». L'article 7 de la nouvelle société anonyme prévoit qu'en rémunération de ses apports (études, travaux, contrats) « il est attribué à

M. B..., en qualité de président du conseil d'administration de la société civile « l'Alfa », et pour compte de cette dernière, 3 600 parts de fondateur dont il sera question ci-après, pour que le dit M. B... et la société civile l'« Alfa » en disposent suivant leurs conventions particulières ».

Mais presque toujours les groupements financiers recourent aujourd'hui, quand ils forment un syndicat d'études, au mécanisme de l'association en participation. La loi du 24 juin 1921, consacrant la jurisprudence antérieure, est venue préciser ses caractères, qui correspondent fort bien au but que poursuit la société d'études. En effet, l'association permet de poursuivre les desseins les plus divers : art. 48 du Code de commerce :

« Les associations en participation ont lieu, pour les objets, dans les formes ou proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les parties. »

Et surtout les règles qui la concernent vont sauvegarder le caractère confidentiel de la société d'études : art. 49 :

« Les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers.

« Elles ne sont pas sujettes aux formalités de publicité prescrites pour les sociétés de commerce.

« Chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel.

« L'association en participation ne constitue pas une personne morale. Il ne peut être émis de titres cessibles ou négociables au profit des associés. »

Enfin, ce qui explique également la faveur que rencontre dans les milieux financiers l'association en participation, c'est l'absence de tout contrôle et ennui d'ordre fiscal, étant donné son caractère strictement occulte.

Les statuts des syndicats d'études constitués sous forme d'association en participation restent confidentiels ; ils contiennent de façon habituelle les clauses suivantes :

A. La désignation de l'objet du syndicat d'études, qui est toujours très large : procéder à toutes les études et recherches nécessaires, envoyer des missions, entamer des négociations, conclure des conventions, prendre des brevets, solliciter des concessions, et provoquer la constitution de sociétés.

B. Le capital du syndicat est divisé en parts d'un montant déterminé, simple mode de calcul des droits et obligations des participants, l'article 49 du Code de commerce interdisant l'émission de titres cessibles ou négociables.

C. En ce qui concerne la transmission des parts :

a. Toute cession de part doit être approuvée par le gérant (ou le comité de direction) ;

b. Le syndicat ne prend pas fin par le décès, la faillite d'un adhérent, ou la dissolution d'une société participante, les ayants-droit devant s'entendre pour désigner un représentant commun vis-à-vis du syndicat.

D. Le syndicat est administré par un gérant ou parfois par un comité de direction, auquel on reconnaît les pouvoirs les plus larges ; ce gérant apparaîtra seul dans toutes les opérations du syndicat avec les tiers, différence essentielle avec la société civile à laquelle la jurisprudence reconnaît la personnalité morale. Ce gérant ou ce comité convoquent l'assemblée générale des participants, qui délibère à la majorité sur la base d'une voix par part.

E. Enfin, une clause prévoit les droits éventuels des participants en cas de fondation d'une société : « Les participants du syndicat auront droit, proportionnellement à leur participation, aux avantages de toute nature qui pourraient être acquis au syndicat ; en particulier, dans le cas de constitution d'une société, ils auront un droit de préférence à la souscription, proportionnel à leur participation ».

Une pareille clause, devenue de style, et qui figure dans les statuts des syndicats d'études, qu'ils soient constitués sous forme d'association en participation ou de société civile (Cf. supra l'« Alfa »), fait ressortir de façon très nette l'*intuitus personæ* qui préside à la naissance de la société anonyme et au recrutement de ses premiers actionnaires : les fondateurs ne sont pas en général de simples entrepreneurs, qui, ayant donné la vie à l'organisme social, et pour cela touché leur salaire, vont se désintéresser de son fonctionnement ; s'étant unis *intuitu personæ* en raison de leurs qualités réciproques pour étudier et créer l'affaire, ils vont souvent désirer poursuivre leur collaboration et conserver entre eux la direction

et le contrôle de la société anonyme. S'ils ne souscrivent pas eux-mêmes le capital, il s'adresseront à des parents, amis, et surtout en fait à des groupes financiers s'intéressant à l'entreprise et dont on a sollicité l'appui. On ne s'adressera au public que pour une partie du capital, et, s'il est émis des actions à vote plural, elles seront, bien entendu, souscrites par les premiers intéressés. Au cours de la vie de la société, ces actions ne seront transmises qu'à des cessionnaires présentant toutes garanties.

Il y a là un *intuitus personæ* positif, évident ; il joue dans la pratique un rôle prépondérant. Mais ce sont en somme des manifestations de « fait » de l'*intuitus* qui échappent au juriste ; elles résultent de tractations verbales ou d'échanges de correspondance entre les intéressés. Pour arriver à les saisir, il faut qu'elles prennent une forme tangible, qu'elles reçoivent une consécration dans les statuts. Il en sera souvent ainsi ; en effet, les premiers intéressés à l'affaire sont à la merci de l'un des leurs qui, par suite de dissentiment ou du simple besoin de réaliser, va céder ses actions à des étrangers dont l'entrée dans la société peut être dangereuse : d'où l'insertion dans les statuts de clauses particulières destinées à surveiller le recrutement des actionnaires.

Ces clauses peuvent figurer dans les statuts originaux, ou, si les circonstances l'exigent, être introduites par délibération de l'assemblée générale extraordinaire.

Elles peuvent fonctionner soit pour la souscription du capital, soit, au cours de la vie sociale, pour la transmission des actions.

Enfin, et c'est une distinction essentielle, ces clauses concernent, soit des actions ordinaires, soit des actions à vote plural ; avant le développement extraordinaire pris par ces dernières, les sociétés inséraient dans leurs statuts des dispositions concernant la souscription ou la transmission des actions ordinaires, les seules connues alors. Depuis le règne des actions à vote plural, il en va différemment : pour ce qui est des actions ordinaires, elles sont souscrites et transmises librement, la personnalité de leurs détenteurs important peu ; ce sont elles qui permettent de réunir la plus grosse partie du

capital. Au contraire, des clauses restrictives vont presque toujours accompagner la création d'actions à vote plural. Cela se comprend fort bien : s'il existe, par exemple, 1 000 actions « A » ayant 20 voix chacune, et 10 000 actions « B » n'ayant qu'une voix, il importe peu que les porteurs d'actions « B » soient des actionnaires étrangers, concurrents ou hostiles. Les actions « A » détiennent la majorité : 20 000 voix contre 10 000 ; elles font la loi dans la société : c'est de leurs porteurs que l'on va exiger les garanties nécessaires.

Aussi voit-on de plus en plus, dans les statuts des sociétés qui se créent, faire une discrimination essentielle dans le recrutement des associés :

1^o Les actionnaires ordinaires, capitalistes anonymes, groupés *intuitu pecuniæ* par voie de souscription ouverte au public ;

2^o Les actionnaires privilégiés, strictement choisis au contraire *intuitu personæ*, cet *intuitus* étant consacré par des dispositions restrictives de transmissibilité insérées dans les statuts.

Ces dispositions pourront figurer dans les statuts ordinaires ou être introduites par l'assemblée générale extraordinaire, concerner la souscription et la transmission d'actions ordinaires ou à vote plural ; elles se ramèneront dans tous les cas à deux manifestations types d'*intuitus personæ* :

1^o Les statuts exigeront des actionnaires, ou de certains d'entre eux, une qualité précise : la nationalité par exemple ;

2^o Ils pourront au contraire conférer à des représentants de la société le droit d'apprécier librement, avant de les admettre, si les actionnaires présentent des garanties suffisantes : clauses d'agrément et de préemption.

SECTION I.

Exigence d'une qualité précise chez l'actionnaire.

Théoriquement, on pourrait concevoir l'insertion dans les statuts des clauses les plus diverses. Nous avons vu qu'en fait c'est en raison de qualités variant à l'infini que se groupaient les souscripteurs originaires d'une société anonyme : qualité familiale, politique, religieuse, professionnelle ou économique commune. Il est assez rare que cet *intuitus personæ* de fait se traduise par des clauses figurant dans les statuts ; nous avons rencontré dans cet ordre d'idées des statuts exigeant des actionnaires la qualité de pharmacien (Pharmacie centrale de France) ou d'employé de l'entreprise (Grands magasins du Louvre). Dans la pratique, on rencontre surtout deux types de clauses exigeant une qualité précise de l'actionnaire :

- A. Clauses exigeant telle nationalité ;
- B. Clauses requérant la qualité d'actionnaire.

A. Nationalité. — La nationalité constitue une des qualités essentielles de la personne. Nul doute que dans une société de personnes elle n'entre en ligne de compte dans les liens qui unissent les associés au même titre que d'autres affinités d'ordre intellectuel ou moral.

Il semble que dans les sociétés anonymes on n'ait point à s'en occuper. L'argent n'a pas de nationalité et celle du porteur est indifférente : elle varie selon les divers actionnaires,

et une majorité de telle nationalité peut demain se trouver changée, étant donné l'incessant renouvellement du personnel social.

La société, personne morale, distincte des associés qui la composent, survit à leur mort, leur incapacité, leur changement : elle verra également sa nationalité dépendre de règles qui lui sont propres, sans tenir compte de celle des actionnaires. La jurisprudence et la doctrine attribuent à la société la nationalité de son siège social.

Il a pourtant paru nécessaire, depuis longtemps, de considérer la nationalité des associés ; la théorie du siège social n'est qu'un procédé technique commode pour doter la société d'une nationalité stable. Il n'en reste pas moins vrai que, dans une société anonyme, la majorité des actionnaires peut avoir une nationalité différente de celle de la société, et poursuivre sous son couvert un but contraire à l'intérêt national. La lutte entre les nations revêt de plus en plus un aspect économique. Par l'intermédiaire de la société, il se produit entre elles un échange incessant de capitaux ; les nations favorisées déversent leur trop-plein dans les pays dont les ressources sont insuffisantes pour exploiter les richesses naturelles. Mais cette suprématie économique ouvre souvent la voie à une domination politique ; aussi, redoutant de voir l'étranger s'immiscer dans la vie nationale et s'emparer des entreprises vitales, les États ont-ils cherché à défendre leur indépendance économique.

Aucune loi française n'exige de façon générale des conditions de nationalité chez les associés appartenant à des sociétés qui se prévalent de la nationalité française. Pareille exigence n'existe que pour des sociétés sur lesquelles l'État détient un droit de regard particulier : c'est le cas des sociétés anonymes concessionnaires assurant un service public ou d'intérêt collectif. Elles sont assujetties au contrôle de la puissance publique, qui règle unilatéralement leur statut. Comme elles intéressent au premier chef la vie économique du pays, un juste sentiment de protection a fait édicter des règles particulières concernant la nationalité de leurs membres. Il est à remarquer d'ailleurs que l'État ou l'administration se soucient peu de contrôler l'origine du capital lui-même : la nationalité

des dirigeants de la société lui semble une garantie suffisante.

Ainsi, dès avant la guerre de 1914-1918, les décrets accordant les concessions coloniales exigeaient des sociétés devant les exploiter que le président, le vice-président et les trois quarts des membres du conseil d'administration fussent français.

Les lois des 27 et 31 décembre 1911 donnant leur statut à la Compagnie transatlantique et aux Messageries maritimes ont prévu dans les cahiers des charges les clauses rigoureuses suivantes :

« Nul ne peut faire partie du conseil d'administration de la compagnie concessionnaire ni en être directeur s'il n'est de nationalité française. »

Le cahier des charges type, établi par le décret du 21 avril 1920 pour les sociétés concessionnaires de mines, prévoit pour les sociétés anonymes que « les deux tiers du conseil d'administration, le président, l'administrateur délégué et les commissaires aux comptes seront français ».

Enfin, la loi du 10 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique et celle du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne contiennent des dispositions similaires.

La dernière guerre a montré que le contrôle des seules sociétés concessionnaires était insuffisant. Bien avant 1914, l'Allemagne poursuivait une lente pénétration économique dans les pays qui l'environnaient. En France, en particulier, sous le couvert de sociétés de nationalité française, elle s'était emparée d'entreprises de produits chimiques, colorants, minerais, intéressant au plus haut point l'activité et même la défense nationale. Il fallut, dès le début des hostilités, prendre des mesures particulières : le décret du 27 septembre 1914 et la loi du 4 avril 1915 interdirent tout commerce, en raison de l'état de guerre et dans l'intérêt de la défense nationale, avec les sujets des empires d'Allemagne, d'Autriche-Hongrie et les personnes y résidant.

Une pareille interdiction s'appliquait naturellement aux personnes morales. C'est alors que le critérium de la nationalité résultant du siège social apparut comme insuffisant. Les tribunaux mirent sous séquestre des sociétés ayant leur siège

social en France et constituées sous les formes de la loi française, mais dont la direction, le « contrôle », appartenait à des capitaux étrangers.

Cette notion du « contrôle » fut mise en lumière par les traités de paix. L'article 297 du traité de Versailles dispose que : « ... les puissances alliées ou associées se réservent le droit de retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant, à la date de la mise en vigueur du présent traité, à des ressortissants allemands ou *des sociétés contrôlées par eux* sur leur territoire, dans leurs colonies... »

Il faut prendre le mot contrôle dans son acception anglo-saxonne de domination, prépondérance. C'est ce qu'ont fait les tribunaux chargés d'interpréter cette disposition (1). Ainsi la Cour de Douai dans une décision du 24 décembre 1923 (*Journal des Sociétés*, 1926, p. 91) :

La Cour pose tout d'abord le principe déterminant la nationalité des sociétés d'après leur domicile légal, c'est-à-dire leur siège social ; cette règle reste comme avant la guerre le critérium jurisprudentiel. « Mais, étant donné qu'à raison des circonstances de la guerre sont intervenus le décret du 27 septembre 1914 et la loi du 4 avril 1915, portant interdiction aux Français d'entretenir des relations d'ordre économique avec les sujets d'une puissance ennemie ; que, depuis ces dispositions, le juge ne doit donc plus se borner à statuer sur les apparences légales, mais est tenu de rechercher la situation réelle de toute société qui comprend des étrangers parmi ses membres, afin d'empêcher que, sous la fiction d'une société française, se dissimule une société de nationalité ennemie, dont l'activité sociale doit profiter à l'étranger ; que, résolvant en son article 297 la question des biens, droits et intérêts privés en pays ennemis, le traité de Versailles a condensé au paragraphe 2 dudit article relativement aux sociétés cette législation de guerre en décidant que les puissances alliées pourront retenir et liquider les biens appartenant à des sociétés « contrôlées »

(1) Le tribunal arbitral mixte franco-allemand s'est prononcé à différentes reprises sur la nationalité de sociétés en se basant sur la nationalité de ceux qui les contrôlaient : Décision du 31 août 1921, Société des Chemins de fer de Damas-Hamak c. Compagnie du Chemin de fer de Bagdad (*Rec. jurid. des soc.*, 1922, 197).

par des ressortissants allemands; que, par cette expression « contrôlée » d'une forme si concise, il faut entendre un pouvoir effectif et prépondérant sur la société, de telle sorte que l'ennemi soit en réalité « le maître de l'affaire ».

Malgré leur caractère exceptionnel, cette jurisprudence de la guerre ainsi que les dispositions du traité de Versailles ont montré le caractère factice de la nationalité des sociétés. La doctrine s'en est émue, et de nombreux auteurs se sont attaqués à la notion même de nationalité des personnes morales (1). Thaller disait déjà en 1917 (*Revue politique et parlementaire*, p. 297 et suiv.): « Entre l'idée de nationalité et de personnes morales fictives ou abstraites, il y a une impossibilité d'adaptation, une antinomie ». MM. Pillet et Pepy ont soutenu qu'une société ne saurait avoir d'autre nationalité que celle des individus qui ont sur elle la haute main, qui la contrôlent. On a proposé d'exiger des actionnaires d'une société française la nationalité française de ses membres, ou du moins d'interdire aux actionnaires étrangers l'accès des assemblées générales (Cf. les statuts de la Banque de France).

La grosse difficulté est évidemment la nécessité d'exiger que les titres soient nominatifs, si l'on veut vérifier la nationalité des actionnaires. Certains auteurs (Thaller) ont préconisé la suppression du titre au porteur; par contre, d'éminents juristes (Lyon-Caen) ont montré le danger qui pourrait résulter d'une pareille mesure; l'épargne et la spéculation se désintéressant des actions des sociétés françaises, on risquerait d'entraver dangereusement l'œuvre de reconstruction économique. Aussi a-t-on plutôt envisagé d'exiger seulement des représentants de la personne morale la nationalité française.

De pareilles préoccupations devaient trouver leur écho dans la pratique même des sociétés. Le législateur et le juge, rejetant la fiction de la personnalité morale et d'*intuitus pecuniæ* dans la composition du personnel social de la société anonyme, avaient dû examiner l'identité et la nationalité des actionnaires. La convention, dans un même but de protection, allait,

(1) Cf. pour une bibliographie détaillée sur la question: THALLER, *Traité élémentaire*, p. 509.

à l'imitation du contrôle légal et jurisprudentiel de la qualité nationale, établir un contrôle conventionnel de cette forme d'*intuitus personæ*. La crise des changes et l'effondrement de notre monnaie allaient rendre cette défense particulièrement nécessaire ; ne suffisait-il pas à des groupes étrangers, du fait de la dépréciation du franc, de capitaux relativement restreints pour acquérir d'importants paquets d'actions de nos grandes sociétés françaises et s'assurer ainsi dans leur gestion une influence prépondérante ? Ce n'est pas là l'un des moindres arguments dont firent état les partisans des actions à vote plural, et c'est en invoquant la défense contre l'ingérence d'un groupe étranger que le Crédit Lyonnais créa, en 1926, des actions à vote plural.

Le moyen de contrôle le plus direct pour les sociétés sur la nationalité française des actionnaires était d'exiger la forme nominative des actions, même après leur entière libération. C'est ce qu'ont fait beaucoup de sociétés. Dans la très grande majorité des cas, ce contrôle n'existe que pour les actions à vote plural. Toutefois, dans les statuts de Radio-France, on trouve les dispositions suivantes : le capital social est fixé à 60 000 000 francs et divisé en 120 000 actions de 500 francs chacune, toutes à souscrire et libérer en numéraire, dont 12 000 actions « A » et 108 000 actions « B ».

Les actions « A » ayant vingt voix contre une aux actions « B », il est évident qu'elles suffisent à assurer le contrôle de la société ; elles sont souscrites par la Compagnie générale de T. S. F., fondatrice ; de plus, l'article 12 prévoit que ces actions ne peuvent être aliénées qu'au profit de personnes ou de sociétés de nationalité française. Il semblerait que ce contrôle de la nationalité des détenteurs des actions « A » suffise ; cependant, l'article 12 prévoit en outre que « les trois quarts au moins des 120 000 actions représentant le capital social devront être souscrites par des personnes ou sociétés de nationalité française ».

Les sociétés exigeant la nationalité française des détenteurs d'actions à vote plural sont assez nombreuses ; parfois, les statuts exigent cette qualité de la totalité des actionnaires à vote plural : ainsi les « Tanneries de France », dont l'ar-

ticle 7 des statuts stipule que les actions de la série « A » sont nominatives et que leurs titulaires doivent être de nationalité française; Radio-Orient, dont les actionnaires détenteurs d'actions « A » par voie de souscription originaire ou de transfert doivent être de nationalité française, syrienne ou libanaise.

Parfois, les statuts exigeront une majorité renforcée des trois quarts. Ainsi, l'article 9 du Crédit général des pétroles stipule que les actions de la catégorie « B » devront appartenir jusqu'à concurrence des trois quarts au moins à des citoyens français ou des sociétés constituées sous le régime de la loi française.

Parfois, on se contente de la majorité simple : les statuts de la Malopolska contiennent à cet égard des dispositions intéressantes :

ART. 11. — «... Les actions de la catégorie « B » seront obligatoirement nominatives ; elles devront appartenir jusqu'à concurrence de 55 p. 100 au moins à des citoyens français ou à des sociétés constituées sous le régime de la loi française, dont tous les associés en nom doivent être français s'il s'agit de sociétés en nom collectif ou en commandite, ou dont les deux tiers au moins des administrateurs doivent être français s'il s'agit de sociétés anonymes... Tout actionnaire (personne ou société) qui viendrait à cesser de remplir les conditions de nationalité ci-dessus sera tenu d'en aviser immédiatement la société par lettre recommandée et ne pourra prendre part à aucune des assemblées générales sans y avoir été autorisé par le conseil d'administration. Le conseil ne pourra lui donner cette autorisation que si le nombre des actions de la catégorie « B » appartenant à des actionnaires français atteint 55 p. 100 desdites actions. Dans le cas contraire, le droit de vote attaché aux actions « B » lui appartenant ne pourra être exercé que par un actionnaire français de la catégorie « B » choisi par l'actionnaire étranger, jusqu'à ce que ces actions aient été régulièrement transférées (1). »

(1) Des dispositions analogues figurent dans les statuts d'autres sociétés qui dépendent, comme la Malopolska, du Crédit général des pétroles : « Électro-Gaz » et la « Société française des pétroles de Tchécoslovaquie ».

La Société générale des huiles de pétrole prévoit également que 55 p. 100 des souscripteurs des actions émises à l'origine ou au cours de la société devront être français. De plus, l'article 47 des statuts contient une disposition intéressante en ce qui concerne les modifications qui pourraient être apportées aux règles sur la nationalité au cours de la société :

« En aucun cas, ne pourront être modifiées que sur la proposition du conseil d'administration et à une majorité des trois quarts des voix des actionnaires présents ou représentés, les dispositions statutaires relatives à la proportion dans laquelle le capital social doit être souscrit par des citoyens français, à la proportion des membres français du conseil d'administration, à la nationalité des président et vice-présidents du conseil d'administration, des administrateurs délégués et des directeurs, ainsi que, d'une façon générale, à toutes dispositions relatives à la nationalité. »

Enfin, on trouve des dispositions particulières favorisant les actionnaires français au point de vue de la représentation aux assemblées ; l'article 33 de la Compagnie générale de T. S. F. stipule, par exemple, que « tout actionnaire de nationalité étrangère ne peut valablement confier ses pouvoirs de représentation qu'à un mandataire de nationalité française ».

A ce contrôle de la nationalité des actionnaires, les sociétés ajoutent une garantie supplémentaire : la nationalité des administrateurs (Malopolska, Radio-France, etc.). Souvent même, renonçant à contrôler l'origine du capital, les sociétés se contentent de cette dernière protection (Agence Havas, Standard franco-américaine).

Ces clauses peuvent exiger la nationalité française de la totalité du conseil d'administration : ainsi, l'article 27 des statuts de l'« Alfa » stipule que « les administrateurs de la société doivent être français et fils de français ». Les statuts de l'Agence Havas contiennent une disposition similaire. La Société générale des huiles de pétrole exige de plus la nationalité française de l'administrateur délégué et du directeur technique.

Les statuts s'accommodent souvent d'une réglementation moins stricte, exigeant la nationalité française des trois quarts

du conseil (Compagnie africaine de cultures industrielles), des deux tiers (Malopolska), ou la simple majorité.

De ces différentes dispositions sur la nationalité des actionnaires on peut rapprocher une clause s'inspirant de principes analogues qui figure dans les statuts de certaines banques coloniales ou compagnies concessionnaires : elle envisage non pas la nationalité, mais le domicile ; ainsi, pour la Banque de Madagascar, la convention passée le 1^{er} juillet 1925 avec le ministre des Colonies prévoit qu'au moment de la formation de la société, il sera offert en souscription publique aux habitants de Madagascar une part qui sera de 20 p. 100 du total des actions. Cette part sera réservée spécialement aux souscripteurs ayant leur domicile réel à Madagascar ou dans ses dépendances au moment de la formation de la société.

L'article 2 de la convention de concession du 23 novembre 1928 de la Compagnie des chemins de fer du sud de l'Indochine prévoit qu'un cinquième du capital de la société sera mis à la disposition des souscripteurs domiciliés en Indochine.

B. La qualité d'actionnaire. — On rencontre fréquemment dans les statuts de sociétés des clauses exigeant la qualité d'actionnaire de ceux qui prétendent acquérir de nouveaux droits dans la société, soit par voie de transmission d'actions, soit par voie de souscription à une augmentation de capital pendant la durée de la société. Ainsi aucun étranger ne pourra s'introduire au cours de la vie sociale ; le nombre des actionnaires peut diminuer, le chiffre d'actions que chacun possède peut varier, il n'y aura jamais comme actionnaires que les souscripteurs primitifs : le personnel social est composé de façon définitive dès le début. Une pareille clause, exigeant de tout cessionnaire ou de tout souscripteur d'actions, au cours de la société, la qualité d'actionnaire, maintiendrait de façon parfaite l'*intuitus personæ* qui a pu se manifester dans le choix initial des actionnaires. En réalité, la pratique, tout en s'inspirant de ces mêmes idées, n'offre que des exemples beaucoup plus atténués de clauses de ce genre ; elles sont doubles :

1^o Elles peuvent envisager la transmission d'actions au cours de la société.

Le plus souvent, quand il existe des clauses restrictives de transmissibilité sous forme d'agrément ou de préemption, elles sont écartées en ce qui concerne la cession entre actionnaires ; tout actionnaire pourra donc librement acquérir de nouvelles actions, alors qu'un étranger sera au contraire soumis à un contrôle destiné à sauvegarder l'*intuitus personæ* unissant les associés (1).

La faveur montrée par les statuts de sociétés pour les transmissions entre actionnaires se manifeste d'une autre façon : comme nous le verrons en étudiant la clause de préemption, lorsque le conseil d'administration refuse d'agréer un cessionnaire étranger, le droit de préemption est exercé souvent par les autres actionnaires (Malopolska, par exemple).

2° Les clauses exigeant la qualité d'actionnaire peuvent concerner les augmentations de capital au cours de la société.

Les sociétés procèdent fréquemment à des émissions d'actions, soit pour obtenir les fonds de roulement dont elles ont besoin, soit pour distribuer, en échappant ainsi à l'impôt sur le revenu, les réserves aux actionnaires. La valeur intrinsèque des actions ainsi émises est souvent supérieure à leur montant nominal ; elles sont émises à des conditions plus ou moins avantageuses, la valeur d'émission restant inférieure ou égale à leur valeur intrinsèque. Il est évident que ce serait une véritable spoliation de leurs droits que de ne pas réserver aux anciens actionnaires le droit de souscrire, ou, s'ils le préfèrent, la possibilité de céder leur droit de souscription, moyennant un certain prix, à ceux qui viendront partager les bénéfices et l'actif social avec eux. C'est là ce qu'on entend habituellement par le problème du droit de souscription par préférence.

(1) Toutefois, certains statuts (Société de l'École nouvelle, Charbonnages du Tonkin, etc.) étendent aux cessions entre actionnaires la nécessité d'obtenir l'agrément du conseil. On pourrait considérer qu'il y a là un aspect « quantitatif » de l'*intuitus personæ* : les qualités positives ou négatives d'un associé ont pu justifier qu'au début il ait été admis à souscrire tel chiffre d'actions. On conçoit que, pour acquérir par la suite une influence plus grande dans la société, cet actionnaire y soit autorisé par les autres associés par l'intermédiaire de leurs représentants : d'où la nécessité de l'agrément du conseil. En fait, une pareille disposition répond à une préoccupation légitime du conseil : un actionnaire, se révélant hostile au cours de la société, pourrait, par l'acquisition d'un paquet important d'actions, devenir dangereux pour le conseil en fonctions ; en refusant tout transfert d'actions à son profit, on rend son opposition négligeable.

Mais, en dehors de cette préoccupation d'équité, la souscription réservée aux anciens actionnaires offre une autre utilité : le maintien entre associés de l'*intuitus personæ* existant avant l'augmentation de capital. En souscrivant aux actions nouvelles, des éléments indésirables pourraient acquérir une influence prépondérante dans la société. Plutôt que d'examiner la personnalité de tous les nouveaux souscripteurs, on réserve la souscription aux anciens actionnaires au prorata de leurs actions. L'*intuitus personæ* entre actionnaires, les diverses influences qui se faisaient jour dans la société restent identiquement les mêmes, puisque chaque associé voit son chiffre d'actions, et donc de voix, multiplié par un même facteur.

L'organisation de ce droit de souscription peut revêtir des modalités très diverses. Quand il existe deux catégories d'actions, les unes ordinaires, les autres à vote plural, les statuts sont en général ainsi conçus (Compagnie générale des Colonies) :

« S'il est créé des actions des deux catégories prévues par l'article 6 ci-dessus, les propriétaires des actions antérieurement émises et existant au moment de chaque augmentation auront un droit de préférence à la souscription des actions « A » et « B » dans la proportion des actions de même catégorie respectivement possédées par eux.

« S'il n'est créé que des actions « A », leur souscription sera uniquement réservée aux propriétaires des anciennes actions « A » au prorata de ces titres.

« S'il n'est créé que des actions « B », leur souscription sera réservée aux propriétaires d'actions « B » proportionnellement aux actions par eux possédées. »

Une pareille disposition respecte strictement la discrimination déjà faite entre associés et conférant à certains d'entre eux une prééminence dans la gestion.

Mais bien souvent les statuts ne consacrent que partiellement le droit de souscrire des anciens actionnaires, en leur faisant partager cette prérogative avec les porteurs de parts de fondateur, ou les fondateurs eux-mêmes, avec telle autre société ou ses actionnaires. En réalité, ce droit de souscription revêt une importance considérable ; par le mécanisme de l'aug-

mentation de capital, il est facile de s'assurer, ou de céder, le contrôle d'une entreprise existante ; nous verrons dans la seconde partie de notre étude, relative à l'*intuitus personæ* dans la gestion de la société anonyme, que c'est le procédé courant auquel ont eu recours les groupements financiers ces dernières années ; de pareilles manœuvres sont facilitées par le fait que bien souvent les statuts ou la délibération de l'assemblée générale extraordinaire décidant l'augmentation de capital reconnaissent au conseil, surtout lorsqu'il s'agit d'actions à vote plural, le droit de faire souscrire par qui il jugera bon.

Le droit de souscrire est parfois réservé, non aux actionnaires actuels, mais aux souscripteurs originaires. Ainsi l'article 9 des statuts de l'« Alfa » contient la disposition suivante :

« ... Dans toute augmentation de capital par l'émission d'actions à souscrire en espèces, les actionnaires souscripteurs du capital originaire auront le droit de souscrire par préférence la totalité des actions nouvelles, au prorata des actions souscrites par chacun d'eux dans le capital initial...

« Les droits des souscripteurs originaires à prendre part à toute souscription ultérieure d'actions comme il est dit ci-dessus seront constatés par des titres spéciaux nominatifs, dits certificats de souscripteurs originaires, qui se transféreront comme les actions et indépendamment d'elles. Toutefois, ces transferts seront soumis à l'agrément du conseil d'administration. En cas de refus de transfert, le conseil d'administration n'est pas tenu d'en faire connaître le motif. »

Cette dernière condition d'agrément du conseil est particulièrement intéressante, car elle semble indiquer que le droit du souscripteur originaire n'est pas uniquement d'ordre pécuniaire, mais qu'il lui permet de retrouver, lors d'une émission de capital, son influence dans la société. Ce droit, qu'on lui avait accordé en raison de certaines qualités à lui propres, ne pourra être transmis à un tiers sans l'agrément du conseil. On trouve plus souvent des clauses réservant aux souscripteurs originaires une proportion seulement du capital à souscrire en cas d'émission ultérieure. Aussi la Compagnie générale du gaz

pour la France et l'étranger leur réserve un droit de souscription portant sur la moitié des actions à émettre ; les moulins du Maghreb, sur le quart. Il est évident que de pareilles dispositions ont simplement pour but d'encourager les premiers souscripteurs.

SECTION II.

Clauses d'agrément et de préemption.

A côté des clauses que nous venons d'examiner, exigeant des actionnaires une qualité précise, la pratique adopte de plus en plus des clauses d'un mécanisme plus souple : celles subordonnant l'entrée dans la société à l'agrément de représentants sociaux. En effet, l'*intuitus personæ* auquel les associés attachent une importance particulière ne peut pas toujours se traduire par une qualité positive, précise, que l'on pourrait insérer dans les statuts. S'il s'agit, par exemple, d'une société anonyme à caractère politique ou religieux, on ne peut exiger des actionnaires un brevet d'orthodoxie. Ce que redoutent la société, les administrateurs, c'est l'entrée d'actionnaires, concurrents ou non, qui voudraient s'emparer de l'affaire. C'est un danger imprécis, plus menaçant à certaines époques qu'à d'autres. Aussi la société entend-elle se réserver le pouvoir d'apprécier librement, selon les circonstances, si l'actionnaire proposé présente des garanties suffisantes.

Ces clauses se ramènent à deux types essentiels :

A. **Clause d'agrément.** — L'agrément nécessaire peut être celui de l'assemblée générale des actionnaires, délibérant à la majorité ordinaire ou renforcée. Pratiquement, les statuts confèrent de nos jours ce droit d'agrément au conseil d'administration ; en effet, alors que l'assemblée générale ne tient que

des réunions espacées, le conseil, ou ses mandataires, se réunissent de façon suivie. Les cessionnaires n'auront pas à attendre un délai trop long pour savoir s'ils sont agréés ou non.

On peut citer comme type d'agrément pur et simple fonctionnant au cours de la société pour les transmissions d'actions, celle qui figure dans les statuts de la Société anonyme d'exploration :

ART. 12. — « La cession des actions ne pourra s'effectuer, même au profit d'une personne déjà actionnaire, qu'avec l'agrément du conseil d'administration.

« En conséquence, l'actionnaire qui voudra céder une ou plusieurs de ses actions sera tenu d'en consigner la déclaration sur un registre spécial tenu à cet effet par la société. Cette déclaration sera datée ; elle énoncera le prix de la cession, ainsi que les nom, prénoms, profession et domicile du cessionnaire.

« Dans le mois de la date de la déclaration, le conseil d'administration statuera sur l'acceptation ou le refus du transfert ; au cas d'acceptation, le transfert s'opérera par une déclaration signée sur les registres sociaux par le cédant et le cessionnaire ou leurs mandataires.

« La décision du conseil d'administration ne sera pas motivée et ne pourra, dans aucun cas, engendrer une responsabilité quelconque à sa charge. »

Mais cet agrément du conseil peut fonctionner également pour la souscription à une augmentation de capital au cours de la société. L'assemblée générale extraordinaire qui décide l'augmentation de capital désigne quelles personnes seront admises à souscrire. Mais, au lieu de désigner de façon précise les bénéficiaires (les anciens actionnaires par exemple), elle laisse souvent toute liberté au conseil de faire souscrire par qui il jugera convenable ; il arrivera parfois alors que le conseil s'adressera aux actionnaires eux-mêmes pour leur demander de souscrire, mais en se réservant le droit d'agréer ou non leur demande de souscription.

Ainsi, dans un avis aux actionnaires envoyé par la « Compagnie de produits chimiques et électro-métallurgiques Alais,

Froges et Camargue », on trouve les indications suivantes :

« L'assemblée générale extraordinaire du 25 février 1929 a donné au conseil d'administration tous pouvoirs pour l'attribution des actions « B » de la présente émission. Le conseil d'administration a décidé de faire le plus large appel à tous les propriétaires des actions « A » et « B » existantes, en se réservant le droit de contrôle et d'élimination inhérent à la nature même de ces actions. En conséquence, tous les actionnaires propriétaires d'actions « A » ou « B » anciennes, quel qu'en soit le nombre, qui désireront faire acte de candidature à la souscription des actions « B » de la présente émission devront écrire au siège social de la compagnie, 9, rue Grolée, à Lyon, pour demander l'envoi d'une formule spéciale qui contiendra toutes les indications nécessaires et qui leur sera adressée dans les délais les plus réduits. »

Il y a là une manifestation d'*intuitus personæ* caractérisée dans le choix des actionnaires. Ce contrôle est d'autant plus normal, souligne la notice, qu'il s'agit d'actions à vote plural, dont les détenteurs sont appelés à jouir d'une influence particulière dans la gestion de la société.

De même, à la suite des délibérations de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la Compagnie des forges et aciéries de la Marine et d'Homécourt, décidant l'augmentation du capital et donnant tous pouvoirs au conseil de recueillir à son gré les souscriptions, ce dernier fit parvenir aux actionnaires des formules intitulées « Demande d'attribution éventuelle d'actions B », en se réservant d'accueillir ou non cette demande de souscription.

B. Clause de préemption. — On analyse habituellement la clause de préemption comme un perfectionnement de la précédente. Elle se décompose en effet le plus souvent en deux temps :

a. La transmission des actions est soumise à l'agrément du conseil ; il agréé ou non le cessionnaire ;

b. Si le conseil agréé le cessionnaire, la clause aura fonctionné comme aurait pu le faire une clause d'agrément pur et simple. Mais si, au contraire, le conseil refuse, il exerce dans

ce cas, à titre obligatoire ou facultatif, un droit de préemption au profit de telle ou telle personne, qui sera substituée au cessionnaire évincé. C'est un correctif de la clause d'agrément, puisqu'elle évite à l'actionnaire de rester prisonnier de son titre.

C'est bien à la vérité la clause typique de préemption, telle qu'elle fonctionne couramment dans la pratique des sociétés. Toutefois, il existe des clauses de préemption pure et simple, et qui ne supposent aucun agrément. On en trouve une illustration dans les statuts de la société anonyme « Établissements Charles Tiberghien », art. 13 :

« ... En cas de cession projetée des actions du type « A » à une personne non déjà propriétaire d'actions du même type, le cédant sera tenu d'en consigner la déclaration sur un registre spécial au siège de la société en indiquant les nom, prénoms, profession et domicile du cessionnaire, ainsi que le prix de la cession. Dans les quinze jours qui suivront cette déclaration, le Conseil devra en aviser les autres actionnaires du type « A ». Pendant les deux mois qui suivront cet avis, tous les actionnaires du type « A » auront le droit de se rendre acquéreurs des actions mises en vente à un prix qui sera égal à celui indiqué dans la déclaration, si le cessionnaire l'accepte, mais qui ne pourra être supérieur à la valeur de l'action fixée chaque année par l'assemblée générale des actionnaires si le cessionnaire l'exige. Si plusieurs actionnaires du type « A » veulent user de ce droit de préemption, la vente sera consentie au plus offrant... Si aucun actionnaire du type « A » n'a usé du droit de préemption dans les délais fixés, le transfert sera régularisé au profit de la personne désignée dans la déclaration. »

Revenant à la clause de préemption ordinaire, on trouve des modalités très diverses en ce qui concerne les personnes appelées à bénéficier du droit de préemption, en cas de refus du conseil d'agréer le cessionnaire primitif.

Ce peut être la société elle-même, étant entendu qu'une pareille stipulation ne pourra valablement fonctionner que si la société a des réserves suffisantes au moyen desquelles elle pourra exercer son droit ; sinon, la préemption aboutirait en réalité au remboursement de l'actionnaire par la société sur le

capital social, ce qui serait contraire à la règle de la fixité de ce capital.

La préemption s'exercera parfois au profit des actionnaires eux-mêmes, suivant un ordre fixé à l'avance ou au moyen d'une adjudication ; les statuts de la « Malopolska » contiennent dans cet ordre d'idées une disposition intéressante : ils méritent d'ailleurs d'être cités à un autre point de vue : ils n'instituent pas un droit de préemption proprement dit, mais une *faculté* reconnue à l'actionnaire pour tempérer la rigueur de la clause d'agrément :

« Toute cession d'actions de la catégorie « B », ainsi que toute mutation par donation, succession ou legs d'actions de cette catégorie, sera subordonnée à l'agrément du conseil d'administration, qui ne sera pas tenu d'indiquer les motifs de son refus. En cas de refus du cessionnaire proposé, *le cédant aura le droit de requérir le conseil d'administration* de mettre les titres en adjudication par-devant notaire, en un ou plusieurs lots, au choix du cédant, et sur une mise à prix fixée d'un commun accord entre le cédant et le conseil d'administration. Tous les actionnaires de la catégorie « B » devront être avisés de l'adjudication par lettre recommandée expédiée au moins quinze jours d'avance et seront seuls admis à prendre part à l'adjudication (1). »

L'esprit et la lettre de cette clause la différencient très nettement de celles qui figurent habituellement dans les statuts des sociétés. La préemption qu'elle organise est vraiment conçue comme un *droit au profit de l'actionnaire cédant*, dont il a la *faculté* d'user ; elle a pour but évident de protéger l'actionnaire, de l'empêcher de rester prisonnier de son titre ; ce n'est pas, en réalité, une « préemption » au sens précis du mot.

En effet, la préemption dans la formule courante n'est pas une faculté laissée au choix de l'actionnaire ; c'est un droit dont use le conseil d'administration, obligatoirement, il est vrai, s'il prétend refuser le cessionnaire (2), mais qui ne semble

(1) Cf. également l'article 17 déjà cité des statuts du Louvre, organisant, en cas de refus du cessionnaire, une adjudication à laquelle peuvent seuls prendre part les actionnaires et certains employés.

(2) Nous laissons de côté l'hypothèse, heureusement rare, de la clause de préemption facultative. On en trouve un exemple dans la fameuse affaire des Rizeries

guère, à la lecture des statuts qui l'organisent, conçu dans l'intérêt de l'actionnaire cédant.

Ainsi le nouvel article 10 des statuts du Crédit Lyonnais qui prévoit le type classique de la clause de préemption, après avoir indiqué la nécessité de l'agrément du conseil pour la cession des actions « B », dispose en ces termes :

« Si le bénéficiaire de la cession ou de la mutation des actions « B » n'est pas agréé, *le conseil d'administration aura le droit*, dans le délai de deux mois de la notification, de procurer un acquéreur qui exercera un droit de préemption, en payant le prix indiqué dans la notification ; toutefois, ce prix ne pourra être supérieur à la somme qui, comparée au prix d'émission des actions « B », sera dans le même rapport que le prix des actions « A » à cette époque comparé au prix des mêmes actions lors de l'émission des actions « B ». Le prix des actions « A » s'entend de la moyenne des cours (ex-coupon) du marché officiel au comptant de la Bourse de Paris dans les quinze Bourses qui ont précédé respectivement l'ouverture de l'émission et la date de la notification.

« Lorsque le conseil n'aura pas procuré un acquéreur dans le délai de deux mois, le bénéficiaire de la cession ou de la mutation sera informé au plus tard dans la huitaine et il sera définitivement propriétaire des actions. »

Dès l'instant où l'actionnaire déclare son intention de céder ses actions, il se trouve absolument dessaisi : si le conseil n'a agréé pas son cessionnaire, l'actionnaire se verra *imposer* un autre acquéreur, et cela souvent à un prix inférieur à celui de la cession projetée. C'est en un sens une clause qui profite à l'actionnaire, puisque, si l'on refuse son cessionnaire, on doit lui fournir un autre acquéreur ; mais c'est une arme à deux tranchants, puisque cette substitution lui est imposée à des conditions souvent moins avantageuses et sans qu'il puisse

françaises (Cf. infra, p. 89). Le conseil se réserve le droit d'agréer ou non le cessionnaire ; s'il ne l'a agréé pas, il peut, à titre facultatif, exercer un droit de préemption, et cela à un prix qui pratiquement sera inférieur à celui de la cession proposée ; mais il peut aussi s'opposer purement et simplement à la cession. Un pareil droit n'est nullement conçu en faveur de l'actionnaire ; c'est strictement une prérogative reconnue au conseil d'administration sans aucune contre-partie ; c'est certainement, au point de vue de ce dernier, un « perfectionnement » de la clause d'agrément.

retirer son offre. C'est, dès l'instant où il a manifesté son désir de vendre, une véritable expropriation.

Et l'on pourrait même se demander si cette prérogative du conseil est bien instituée au profit des autres actionnaires pour sauvegarder l'*intuitus personæ* qui les unit, puisqu'une formule de style prévoit que le conseil « procurera un acquéreur » (Cf. supra, Crédit Lyonnais), ou « désignera une personne ou société de son choix » (Constructions électriques de France), sans spécifier que le bénéficiaire devra être choisi parmi les actionnaires.

Les modes de calcul du prix de la préemption varient à l'infini suivant les statuts :

A. Ce prix peut résulter du feu des enchères : c'est l'hypothèse de l'adjudication (Cf. statuts du Louvre et de la Malopolska).

B. Il peut avoir pour base le prix fixé dans la cession qui n'est pas agréée; dans ce cas, pour éviter une fraude trop facile, les statuts instituent un prix maximum ; ce maximum peut être calculé de façons diverses ; ainsi, après avoir indiqué que la préemption (il s'agit du transfert des actions « A » à vote plural), s'exercera au prix fixé dans la notification, l'article 6 des statuts de l'agence Havas ajoute :

« Toutefois, ce prix ne pourra être supérieur au cours moyen (ex-coupon) des actions « B » à la Bourse de Paris pendant le trimestre ayant précédé celui au cours duquel interviendra la cession, ce cours moyen étant diminué d'une somme fixe de 100 francs. » (Cf. dans le même sens l'article 10 des statuts du Crédit Lyonnais précité.)

Le rachat pourra également être effectué « moyennant un prix qui sera égal au prix du transfert soumis à l'agrément du conseil, sans pouvoir être supérieur à celui que l'assemblée générale ordinaire fixera chaque année comme devant être le prix maximum... » (Énergie électrique du Maroc.)

C. Le taux de la préemption peut résulter d'un mode de calcul forfaitaire, sans tenir aucun compte du prix offert par le cessionnaire écarté.

Quand il existe deux catégories d'actions, et que la cession des actions de l'une de ces catégories (normalement, les actions

à vote plural) est régie par une clause de préemption, le prix de la préemption sera basé sur le cours en Bourse des actions de l'autre catégorie : ainsi dans les statuts de la société les « Constructions électriques de France » :

« Quand le transfert d'une action « B » sera sollicité, le conseil d'administration, s'il refuse tout transfert, devra faire acheter, par une personne de son choix, dans un délai de trente jours de la demande qui lui sera faite par le cédant, la ou les actions dont le transfert lui aura été demandé. Ce rachat sera effectué moyennant un prix qui sera égal au cours moyen, à la Bourse de Paris, des actions catégorie « A », pendant le mois qui aura précédé celui au cours duquel aura lieu la demande de transfert. »

Le prix d'acquisition des actions à vote plural des Établissements Kuhlmann, quand le conseil exerce son droit de préemption, est « égal au quart du cours moyen du marché au comptant à la Bourse de Paris des actions à vote simple. Ce cours moyen sera déterminé sur une durée de trente jours comportant, outre le jour de la réception de la demande, les quinze jours précédant cette date et les quinze jours suivants ».

Le prix de la préemption peut encore être établi de manière forfaitaire sur la base des dividendes distribués : il en est ainsi pour les actions « P » de la « Société française des charbonnages du Tonkin » émises en juillet 1928 :

« En cas de refus d'agrément de la cession ou de la mutation, le conseil d'administration aura la faculté, dans les deux mois de la notification de ce refus, de désigner une ou plusieurs personnes ou sociétés qui se rendront acquéreurs desdites actions moyennant, pour chacune d'elles, une somme égale à dix fois la moyenne du dividende total brut qui aura été réparti aux actions de la catégorie « P » pendant les deux derniers exercices ayant précédé la cession ou la mutation. Si, pendant ces deux derniers exercices ou l'un d'eux, il n'a pas été réparti de dividende aux actions de la catégorie « P », le prix de préemption sera fixé à celle des deux alternatives ci-après qui sera la plus avantageuse pour l'actionnaire vendeur :

« 1^o Somme égale à dix fois le dividende total brut qui aura été réparti aux actions de la catégorie « P » pendant le dernier exercice ayant réparti un dividende, diminuée de 20 francs par année sans dividende, les années étant comptées à partir de la date du dernier paiement du dividende pour solde ;

« 2^o Somme égale au quinzième du cours coté à la Bourse pour les actions « O » pendant les quinze Bourses précédant la demande de transfert. »

D. Enfin, le prix est souvent laissé à la libre appréciation du conseil, avec toutefois un maximum, fixé par l'assemblée générale, qu'il ne saurait dépasser (Compagnie générale des Colonies).

Si, laissant de côté les diverses modalités que revêt la clause de préemption, on cherche à déterminer les différentes transmissions qu'elle peut régir, on remarque que les statuts récents emploient presque toujours une formule compréhensive. Ainsi, l'article 13 des statuts de la société anonyme les « Constructions électriques de France », après avoir soumis les cessions d'actions « B » à l'agrément du conseil, avec préemption, ajoutent :

« Les dispositions qui précèdent s'appliqueront à toutes transmissions d'actions « B », alors même que la transmission résulterait d'une adjudication publique, judiciaire ou volontaire, d'une donation, d'un legs ou d'une mutation par décès, même au profit d'héritiers directs, de liquidation, de fusion ou d'un partage. » (Cf., dans le même sens, l'agence Havas, le Crédit Lyonnais et, de manière générale, les statuts de presque toutes les sociétés ayant créé des actions à vote plural.)

Toutes les formes de contrôle de la personnalité des actionnaires que nous avons examinées jusqu'ici étaient organisées par les statuts eux-mêmes ; c'est la société, par l'intermédiaire de ses représentants, qui surveillait le recrutement des associés.

Mais ne peut-on concevoir, en dehors de la charte sociale, un contrôle organisé par les actionnaires ou certains d'entre eux ? On a cherché à assurer ce contrôle par le « blocage » des actions et le « syndicat d'actionnaires ».

Encore faut-il se garder d'une confusion. Très souvent, lors de la constitution d'une société, les souscripteurs originaires

forment entre eux un syndicat chargé du placement des titres dans le public aux meilleures conditions possibles (1). Ce syndicat est constitué sous forme d'association en participation, donc dénué de toute personnalité morale ; les actions sont bloquées entre les mains du gérant en vue d'une réalisation pour compte commun ; il répartit ensuite les bénéfices de l'opération entre les participants. Bien qu'il y ait blocage des actions et renonciation des actionnaires à leur droit individuel de vendre leur titre, il n'y a nullement là une manifestation d'*intuitus personæ* ; c'est simplement un procédé financier destiné à assurer aux membres du syndicat la réalisation de leurs titres au meilleur prix.

Aussi entend-on par syndicats d'actionnaires autre chose : il s'agit d'actionnaires d'une même société qui se concertent pour voter dans le même sens aux assemblées et s'assurer ainsi le contrôle de la société. Souvent, pour assurer une base plus stable à leur accord, ils conviennent de déposer leurs titres chez un tiers déterminé, et s'engagent parfois même à ne pas aliéner leur titre pendant un certain délai. En réalité, un pareil syndicat, à caractère d'ailleurs strictement occulte, se soucie bien moins de contrôler le recrutement des actionnaires que de s'assurer la direction de la société ; aussi faut-il y voir une manifestation de l'*intuitus personæ* dans la gestion de la société anonyme, problème que nous étudierons dans la seconde partie de cette étude.

Il existe toutefois certains groupements d'actionnaires qui instituent un véritable contrôle du recrutement, comme pourrait le faire une clause d'agrément ou de préemption insérée dans les statuts. Il s'agit de certaines sociétés internationales ayant leur champ d'activité au Maroc, et dont le capital, en vertu de l'acte d'Algésiras, est divisé en tranches souscrites par des groupements d'actionnaires appartenant à différents pays. Les nationaux formant certains de ces groupements se sont organisés en société civile. Escarra, dans son intéressant article paru aux *Annales de droit commercial* (2),

(1) Cf. THALLER, Syndicats financiers d'émission (*Ann. Dr. com.*, 1911, p. 5).

(2) Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions (*Ann. Dr. com.*, 1911, p. 133).

les analyse assez longuement et cite certaines de leurs dispositions.

Ainsi les actionnaires constituant les groupes français, anglais et portugais de la Société internationale de régie co-intéressée des tabacs au Maroc ont formé une société civile ; douée de la personnalité morale, elle défend ses associés de manière efficace avec l'appui officiel du gouvernement.

Ce qui nous intéresse est la façon dont cette société civile contrôle l'entrée dans le groupement de nouveaux associés. D'après l'article 2 de ses statuts (1) :

« Chaque associé s'interdit formellement, pendant la durée de la société, de céder ses titres, de quelque manière que ce soit, sans l'autorisation de l'assemblée générale de la société, donnée comme il est dit à l'article 8 ci-dessous. Cette interdiction existera même au cas de décès d'un actionnaire, liquidation amiable ou forcée d'une société actionnaire, et sera applicable aux héritiers ou ayants-droit. »

Pour assurer le respect d'une pareille mesure, les actions sont, dès la souscription, déposées dans les caisses d'une banque qui délivrera un reçu nominatif non transférable. Cette banque est seule chargée (art. 5) « de représenter tous les actionnaires dans tout ce qui regarde les intérêts généraux concernant les 7 250 actions de la Société des tabacs au Maroc adhérentes aux présentes, et investie des droits et pouvoirs les plus étendus pour agir à cet effet dans l'intérêt et au nom de tous les associés ».

Mais il est nécessaire de préciser que de pareilles sociétés civiles ont un caractère tout à fait exceptionnel. Il se produit ici, par suite du caractère international de la société, une discrimination entre les actionnaires sur la base de la nationalité. Pour éviter qu'un groupe de telle nationalité étrangère ne prenne une influence prépondérante, les actionnaires du groupe français, en collaboration avec les anglais et les portugais, se sont organisés ; l'intérêt national suffit à justifier une pareille combinaison et la renonciation des droits individuels des actionnaires au profit de la société civile chargée de les défendre tous au mieux de leurs intérêts.

(2) Cf. *op. cit.*, p. 353.

Mais, étant donnée l'hostilité de la jurisprudence pour tout groupement d'actionnaires constitué en dehors de la charte sociale, une pareille combinaison serait difficilement acceptable pour une société anonyme française ordinaire (1).

(1) Cf. deuxième partie, chap. II.

CHAPITRE II

PRINCIPES JURIDIQUES LIMITANT LE JEU DE CET « INTUITUS PERSONÆ » DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME

D'après la théorie classique, ralliant la majorité des auteurs et admise assez généralement par la jurisprudence, les sociétés se divisent en deux catégories : sociétés de personnes d'une part, de capitaux de l'autre ; de plus, « intérêt est synonyme de droit dans une société de personnes, action est synonyme de droit dans une société de capitaux. Tout le monde est d'accord sur ce point... » (WAHL, S., 1909, I, 577).

Alors que la société de personnes est basée par définition sur l'*intuitus personæ*, la société de capitaux repose sur l'*intuitus pecuniæ*. « L'intérêt, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne a été, de la part des contractants, l'élément déterminant de leur accord ; l'action, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne est restée étrangère à la formation du contrat » (CH. BEUDANT, Réponse à M. Bathie, *Rev. crit.*, 1869, p. 403).

Se rangent dans les sociétés de personnes :

La société en nom collectif et en commandite simple ;

Dans les sociétés de capitaux :

La commandite par actions et la société anonyme.

C'est surtout par la distinction des deux commandites qu'on illustre cette définition des sociétés de personnes et de capi-

taux. La commandite simple est une société de personnes, même en ce qui concerne les commanditaires ; tous les associés ont conclu *intuitu personæ*. C'est évident pour le choix du gérant par les commanditaires ; mais il n'est pas indifférent non plus au gérant d'avoir contracté avec tel ou tel commanditaire présentant pour la société des garanties particulières de crédit et d'honorabilité ; enfin, il en est de même pour les commanditaires entre eux.

Dans la commandite par actions, au contraire, la personnalité des commanditaires importe peu, ils ne font qu'apporter une mise.

Comment distinguer alors si les commanditaires se sont unis *intuitu personæ* ?

Par la transmissibilité ou non de la part sociale. C'est elle qui va traduire l'*intuitus personæ* existant entre associés et permettre de l'apprécier. En effet :

« Une société est par intérêt lorsque l'*intuitus personæ* domine sa constitution au point que la transmissibilité n'existe pas ou, du moins, n'est admise qu'à titre exceptionnel ; c'est alors une société de personnes, comme les sociétés civiles, où les associés sont choisis à raison de la confiance qu'ils inspirent...

« Une société est par actions lorsque l'absence d'*intuitus personæ* rend naturelle la transmissibilité des parts sociales » (FRAISSINGEA, Le double critérium de l'action, *Ann. Dr. com.*, 1914).

La jurisprudence, dans une série d'arrêts, a distingué les deux commandites sur cette base de la transmissibilité. Mais, nous l'avons vu, ce n'est pas une notion très précise ; entre les deux pôles de l'intransmissibilité absolue et de la transmissibilité sans restrictions, il existe un monde de solutions intermédiaires ; où faire passer la ligne de l'équateur ?

Aussi, sans s'en tenir aux seules dispositions objectives des statuts concernant la transmission des parts sociales, les tribunaux se sont-ils attachés à la recherche de l'intention des parties. Les caractères d'égalité des coupures, d'individualisation de la part dans un titre, du nombre ou du montant des titres, des modalités concernant leur transmission, leur ont servi, comme éléments de fait, à dégager l'intention des parties

lors de la conclusion du pacte : les commanditaires ont-ils conclu *intuitu personæ*, ont-ils considéré la part comme normalement ou exceptionnellement transmissible ?

Le problème qui se pose est alors le suivant : ce critérium intentionnel et « synthétique », comme on l'a appelé, permettant de distinguer, dans l'hypothèse des deux commandites, la société de personnes de la société de capitaux, ne va-t-il pas s'appliquer à la société anonyme ? Ne va-t-il pas falloir examiner si les actionnaires de la société anonyme se sont unis *intuitu personæ* ou non, s'ils ont considéré la part comme normalement ou exceptionnellement cessible, et, dans ce dernier cas, déclarer une pareille mesure incompatible avec la nature de la société anonyme, société de capitaux, société par actions ?

Ou bien alors, déplaçant le problème, déclarer que, lorsque les actionnaires se sont unis *intuitu personæ*, on est en présence d'une « société anonyme par intérêts », type original de société, et déclarée valable par certains auteurs ?

La question de l'*intuitus personæ* dans la commandite d'une part, dans la société anonyme d'autre part, se pose très différemment ; on ne saurait, à notre avis, conclure de l'une à l'autre.

Il est, en effet, arbitraire de généraliser le cas particulier de la commandite pour trouver le signe distinctif des sociétés de personnes et de capitaux. On isole les deux termes de la commandite, gérants tenus personnellement d'une part, commanditaires de l'autre, on analyse ensuite isolément la société des commanditaires, comme superposée en quelque sorte à l'autre, et on conclut : les commanditaires, qu'ils soient par intérêts ou par actions, sont tenus d'une responsabilité limitée à l'égard des tiers ; ce qui les distingue vraiment, c'est l'intention des contractants de s'associer *intuitu personæ* ou non, se manifestant surtout par le degré de cessibilité de la part sociale. C'est donc là le vrai critérium de l'intérêt et de l'action, des sociétés de personnes et de capitaux.

Il est peu logique d'isoler dans la commandite les gérants des commanditaires. Si le législateur de 1807 a permis aux commanditaires de n'offrir aux tiers qu'une responsabilité

limitée, sans la garantie d'une autorisation gouvernementale (à la différence alors de la société anonyme), c'est qu'ils sont masqués en quelque sorte par les gérants, véritables associés, tenus, selon le droit commun, *in infinitum* ; ceci est marqué très nettement par la défense d'immixtion du commanditaire, sanctionnée par sa responsabilité indéfinie en cas d'infraction. Le véritable associé, si l'on se place du point de vue du fonctionnement externe de la personne morale, c'est le gérant ; seul son nom peut figurer dans la raison sociale. Si le commanditaire n'offre qu'une responsabilité limitée, elle est en quelque sorte conditionnée par la responsabilité personnelle du gérant. Le législateur de 1807 a permis à la commandite de se constituer par actions, tout en conservant les mêmes règles de constitution et de fonctionnement. La responsabilité personnelle des gérants lui semblait encore dans ce cas une garantie suffisante pour l'épargne et les tiers. L'expérience du *xix^e* siècle a montré qu'il s'était trompé : prenant pour gérants des hommes de paille sans surface, les capitalistes constituaient, avec l'argent d'autrui, de véritables sociétés anonymes sous le couvert de la commandite par actions, sans la garantie, pour les tiers et les associés, de l'autorisation gouvernementale.

Aussi, le législateur de 1867 a-t-il soumis les deux catégories de sociétés commerciales par actions, commandite et société anonyme, à une réglementation similaire. Il est donc devenu essentiel de distinguer les deux formes de commandite, puisque la commandite par actions sera seule soumise au régime réglementaire de 1867.

A notre avis, deux considérations font qu'une commandite devrait être soumise à la loi de 1867 :

1^o Le fait que, contrairement à ce qu'ont envisagé les rédacteurs du Code de commerce, la société des commanditaires, de capitaux prend le pas sur l'autre. Pour les rédacteurs, les véritables associés sont les gérants. Ils forment en quelque sorte une société en nom collectif qui s'adjoint quelques bailleurs de fonds. Mais si, en réalité, les gérants passent au second plan, avec une responsabilité personnelle insuffisante, de pure surface, étant donnée l'importance des capitaux engagés dans

les affaires sociales, on est en présence d'une véritable société anonyme, de capitaux, n'offrant qu'une responsabilité limitée, et nécessitant, par suite, la mise en œuvre de la protection réglementaire de la loi de 1867 dans l'intérêt des épargnants et des tiers.

2^o Si à la responsabilité limitée des commanditaires vient s'ajouter la transmissibilité de leur part, donc la possibilité de spéculer, la réglementation de 1867 doit s'appliquer pour protéger l'épargne. Dans la société en nom collectif, la cessibilité constitue un moindre danger, car la spéculation est tempérée par la responsabilité personnelle des associés. Il n'en est pas de même dans la commandite en ce qui concerne les commanditaires, et pour cette raison il a paru nécessaire de soumettre la société à la réglementation de 1867 dans le cas où leur part est transmissible, c'est-à-dire, dans la terminologie courante, constitue une action. C'est à ce point de vue que se place la jurisprudence et la doctrine.

L'évolution de la législation sur la commandite montre quelles nécessités d'ordre pratique, quel souci de déjouer la fraude, ont fait distinguer les deux commandites et les soumettre à un régime différent.

Le problème de la société anonyme se pose tout autrement : sa caractéristique est d'être une société composée exclusivement d'associés qui n'offrent aux tiers qu'une responsabilité limitée (art. 33, Code de commerce). Pas d'associés en nom, pas de gérants couvrant par leur propre responsabilité cette limitation. Ce caractère de la société anonyme suffit à la distinguer de toutes les autres ; il n'est pas nécessaire de se livrer à la recherche de l'intention des parties pour caractériser la société.

Dans une pareille société, l'*intuitus personæ* doit-il obligatoirement être exclu ? Il est insuffisant de poser *a priori*, comme postulat, que la société anonyme, société de capitaux, est basée sur l'*intuitus pecuniæ*. Ces notions d'*intuitus personæ* et *pecuniæ* ne sont que des constructions juridiques commodées, permettant de grouper un certain nombre de règles, prévues à titre interprétatif de volonté par le législateur, autour d'un même fait d'ordre psychologique.

Il est bien certain que, dans la société anonyme, la limitation de responsabilité de chaque actionnaire facilite particulièrement l'exclusion de l'*intuitus personæ* ; dans une société en nom collectif, au contraire, les associés, étant tenus personnellement et solidairement du passif social, se choisiront *intuitu personæ*, et la part sociale sera en principe intransmissible. Inversement, dans la société anonyme, la même considération n'intervenant pas, on conçoit que la part soit librement transmissible. Mais est-ce une simple faculté ou une obligation ? En d'autres termes, les articles 34 et suivants du Code de commerce ont-ils une valeur interprétative ou impérative ?

D'après l'article 34 :

« Le capital des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale... »

ART. 35. — « L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur. Dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre. »

ART. 36. — « La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société.

« Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transport ou d'un fondé de pouvoir. »

Ces textes n'étant pas explicites, sur quels principes s'appuyer pour déclarer l'*intuitus pecuniæ*, se traduisant par la libre transmissibilité de l'action, obligatoire dans la société anonyme ? Notre introduction nous a permis d'apprécier la valeur juridique de la notion d'*intuitus personæ* : c'est une interprétation de la volonté des parties à laquelle on rattache certaines conséquences, comme la dissolution par la mort de l'un des associés ou l'impossibilité de céder la part sociale. En effet, le Code civil souligne ce caractère interprétatif en prévoyant lui-même, en son article 1868, la clause de continuation de la société malgré le décès d'un associé ; la jurisprudence et la doctrine admettent de plus que les associés peuvent valablement stipuler dans les statuts la transmissibilité de la part sous réserve de certaines formalités, comme l'agrément du cessionnaire par la majorité des associés ou l'exercice d'un droit de préemption.

Mais, si l'on pousse dans ses conséquences logiques ce caractère interprétatif des règles concernant l'*intuitus personæ* dans la société de personnes, ne va-t-il pas falloir admettre la validité d'une société en nom collectif qui, repoussant tout *intuitus personæ* entre ses membres, stipulerait, sans aucune restriction, la libre transmissibilité des parts? C'est ce que l'on a appelé la société en nom collectif par actions. On a invoqué contre elle deux séries d'arguments :

1^o *En droit*, on a fait remarquer qu'il y avait antinomie entre l'*intuitus personæ* qui caractérise la société en nom collectif et la transmissibilité : étant donnée la responsabilité personnelle et solidaire des membres, ils contractent nécessairement *intuitu personæ*.

C'est là une considération de pure logique : Primus et Secundus, formant ensemble une société et s'engageant solidairement à l'égard des tiers, tiendront normalement compte, en fait, de la personnalité du co-contractant ; mais jusqu'à quel point cela leur est-il imposé en droit? Sur quel texte ou quel principe en matière de sociétés s'appuyer pour faire ainsi échec à la libre convention des parties?

2^o *En fait*, dit-on, la libre transmissibilité des parts n'est-elle pas inconciliable avec la responsabilité personnelle des membres? C'est, dans une certaine mesure, exact : supposons que les parts soient constatées par des titres au porteur ; la garantie personnelle offerte aux tiers devient illusoire, les cessionnaires successifs restant anonymes et se libérant immédiatement de tout le passif social (Cf. Civ. rej., 16 novembre 1910 ; D., 1911, 1, p. 321, note Percerou).

On ne saurait éluder, directement ou indirectement, la responsabilité personnelle à l'égard des tiers ; elle est d'ordre public. Les tiers devront pouvoir connaître le nom des associés, ce qui impose la forme nominative et la cession par transfert ou dans les formes de l'article 1690 du Code civil.

Sous cette réserve, la doctrine déclare valable la société en nom collectif à parts librement transmissibles.

Les règles concernant l'*intuitus personæ* sont donc interprétatives ; les parties peuvent les écarter, sans autre limite que leur responsabilité envers les tiers. Pourquoi, dans la société

anonyme, perdrait-il ce caractère, et serait-il obligatoirement exclu?

L'*intuitus pecuniæ*, et la transmissibilité qui en découle, doit être considéré, dans la société anonyme, comme un principe interprétatif de volonté également, symétrique et inverse de l'*intuitus personæ* dans la société de personnes ; étant donné le caractère particulier de la société anonyme, il y a renversement de la présomption : les actionnaires n'offrant qu'une responsabilité limitée aux tiers, l'on doit présumer, dans le silence des parties, qu'elles se sont unies *intuitu pecuniæ*, et en particulier qu'elles ont entendu user de la faculté de rendre les parts transmissibles des articles 34 et suivants du Code de commerce :

Ces articles constituent, pour la société anonyme, le pendant de l'article 1861 du Code civil pour la société de personnes.

Ce caractère serait apparu plus clairement si, dans la construction théorique que l'on fait des sociétés de personnes et de capitaux sur la base de l'*intuitus personæ* ou *pecuniæ*, on avait distingué les deux aspects de la société :

1^o Le contrat de société au point de vue interne. — Selon la vieille conception du Code civil, la société rentre dans le cadre normal des contrats. Unissant les associés par des liens particulièrement étroits, elle est *res inter alios acta*. On comprend fort bien qu'en étudiant le contrat de société, les civilistes aient pris pour base l'intention des parties, selon la théorie générale du droit français en matière d'obligations. C'est toujours à cette intention que se réfèrent les commercialistes pour régler, à défaut de dispositions légales expresses, les rapports entre associés. On examine, en particulier, les liens qui les unissent, le fait qu'ils ont contracté plus ou moins en considération de leurs personnes, ou qu'ils ont simplement mis certains biens en commun. C'est le problème de l'*intuitus personæ* fonctionnant entre associés.

2^o La société, organisme propre, dans son fonctionnement extérieur. — Mais, dans la société en nom collectif et en commandite simple, prolongement en droit commercial de la so-

ciété civile, la notion de personnalité morale est apparue comme indispensable : la société du droit commercial n'est pas un simple rapport d'obligations *inter partes* ; c'est la société qui contracte, s'oblige, possède un patrimoine.

Dès l'instant où l'on écartait le principe de l'effet relatif des contrats pour admettre que la société allait avoir une vie propre à l'égard des tiers, se posait le problème des règles qui présideraient aux relations de la société avec ces tiers. Si l'on avait poussé dans ses conséquences logiques la notion de personnalité morale, les tiers auraient eu en face d'eux une société, personne juridique propre, avec des représentants agissant en son nom, un patrimoine déterminé constituant leur gage, et nettement distincte de la personne et du patrimoine des associés. Mais on s'est arrêté à une conception intermédiaire : la personne morale ne masque pas les associés ; ce sont eux qui, offrant une responsabilité personnelle et solidaire, en plus des biens spécialement affectés aux créanciers sociaux, donnent à la société sa physionomie externe et son crédit ; ce sont leurs noms qui figurent dans la raison sociale ; ils forment pour les tiers une société de personnes.

Avec la société anonyme, au contraire, la notion de personne morale distincte va se réaliser parfaitement. Les tiers n'ont en face d'eux qu'une société, avec ses représentants, et un patrimoine propre, formé par les mises d'associés qui restent anonymes ; le crédit social se substitue complètement au crédit personnel : les tiers se trouvent en présence d'une société de capitaux.

Quand on étudie le caractère obligatoire ou simplement interprétatif des dispositions légales, il faut nettement distinguer ces deux aspects de la société :

1^o En ce qui concerne tout d'abord le deuxième aspect que nous avons envisagé, les rapports des associés avec les tiers, les règles légales sont explicites et formelles : article 22 du Code de commerce déclarant les associés en nom collectif solidairement responsables pour tous les engagements de la société ; article 33 concernant la société anonyme : « les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société ».

Les règles concernant le fonctionnement extérieur de la personne morale sont donc d'ordre public. Les statuts ne sauraient y déroger ; elles s'imposent aux parties dès l'instant où celles-ci ont adopté une des formes reconnues par la loi ; il n'y a pas lieu de s'occuper de l'intention des parties, d'analyser si elles ont conclu *intuitu personæ* ou non.

2^o Au contraire, pour les rapports entre associés, il est naturel, en l'absence de dispositions expresses, de se référer à leur volonté. Il leur appartient de se choisir à leur gré *intuitu personæ* ou non, de sanctionner cet *intuitus* par un degré de transmissibilité plus ou moins étendu de la part sociale. Le principe de la liberté des conventions reprend ici son empire.

Toutefois, nous l'avons vu, le fonctionnement extérieur de la société va réagir à un double point de vue sur les rapports entre associés :

a. Quand les parties auront adopté une forme de société entraînant leur responsabilité personnelle envers les tiers, la loi présumera, dans le silence des dispositions statutaires, qu'elles ont contracté *intuitu personæ* et ont entendu établir l'intransmissibilité des parts (art. 1861 du Code civil) ; inversement, quand les parties n'engagent envers les tiers qu'une responsabilité limitée à leur mise, la loi présume, à défaut de dispositions formelles, que les parties n'ont pas conclu *intuitu personæ* et que les parts sociales sont librement transmissibles (art. 34 et suiv. du Code de commerce).

b. Les règles sur le fonctionnement extérieur de la société vont limiter la liberté des parties dans l'organisation de leurs rapports ; si la convention est libre pour régler l'*intuitus* entre associés, elle ne saurait toutefois déroger par là, même indirectement, aux règles de la responsabilité à l'égard des tiers : ainsi, on ne saurait admettre la forme au porteur dans la société en nom collectif, car la responsabilité personnelle des associés deviendrait illusoire. Au contraire, dans la société anonyme, la part pourra être librement transmissible : la forme au porteur sera possible dès l'instant où la mise a été intégralement versée : l'anonymat ne présente alors pas d'inconvénient pour les tiers.

La distinction classique des sociétés de personnes et de capi-

taux sur la base de l'*intuitus personæ* est bien, suivant la formule souvent citée de Vivante, « plus brillante que solide ». Envisageant la société comme un contrat ordinaire, elle prétend, en s'attachant à la simple intention des parties de s'unir plus ou moins étroitement, donner à la société son appellation et ses caractères. En présence des règles concernant le fonctionnement extérieur de la personne morale (responsabilité personnelle ou limitée), elle les rattache accessoirement à l'*intuitus personæ* ou *pecuniæ*, c'est-à-dire aux rapports entre associés, en montrant le lien logique qui unit ces deux séries de règles ; la responsabilité limitée devient ainsi une conséquence de l'*intuitus pecuniæ* dans la société anonyme. C'est un véritable renversement des valeurs ; les règles concernant le fonctionnement extérieur et le crédit ne sauraient découler accessoirement de la volonté des parties, elles échappent à la convention et sont impérativement prescrites par la loi. Un lien les unit bien aux règles concernant les rapports entre associés, mais, nous l'avons vu, c'est un lien de prééminence, et non de subordination.

La véritable *summa divisio* des sociétés n'est pas basée sur l'intention des parties de s'unir ou non en considération de la personne par des liens plus ou moins étroits, notion fuyante et qui comporte des tempéraments à l'infini ; elle repose sur le fait que les associés offrent aux tiers comme garantie leur responsabilité personnelle ou un simple capital social ; en d'autres termes, que la fiction de la personnalité morale masque complètement ou non la personne des associés.

Dans la société anonyme, caractérisée par la limitation de responsabilité, rien sur le terrain des principes ne peut s'opposer à l'introduction d'un *intuitus personæ* dans le recrutement des actionnaires ; cet *intuitus* n'est nullement incompatible avec la nature de cette société. Mais une disposition réglementaire, d'ordre public, de la loi de 1867 vient apporter à cette faculté une limitation indirecte : le droit de l'actionnaire de se retirer de la société. La loi a soustrait à la volonté des parties les règles de gestion de la société anonyme ; elle règle le fonctionnement de l'assemblée générale, dont les

délibérations sont prises à la majorité ; la loi du 22 novembre 1913 est venue conférer à cette majorité le droit de modifier le pacte social primitif dans presque toutes ses dispositions : une seule garantie véritable reste à l'actionnaire de la minorité, c'est la possibilité de sortir de la société. Il ne saurait rester lié malgré lui ; ce serait contraire au principe de collaboration qui domine la société, à son essence même. En ce sens, les articles 34 et suivants du Code de commerce sont d'ordre public ; la société anonyme est nécessairement une société par actions, et le caractère de l'action est incompatible avec celui d'intransmissibilité absolue. Cette règle va évidemment limiter l'*intuitus personæ* qui peut unir les actionnaires, mais de façon indirecte : il n'y aura pas lieu d'examiner l'intention des parties de s'unir *intuitu personæ* ou non, de rendre la part normalement ou exceptionnellement transmissible ; il n'y aura pas lieu non plus de tolérer l'*intuitus personæ* dans la société anonyme de façon restrictive, ce qui serait la conséquence logique de la distinction classique des sociétés que nous avons combattue.

Le seul problème, en face d'une clause consacrant l'*intuitus personæ* unissant les actionnaires d'une société anonyme, est d'examiner si elle aboutit ou non à rendre l'actionnaire prisonnier de son titre. Ce critérium est strictement objectif et dégagé de toute considération théorique et intentionnelle d'*intuitus personæ* ou *pecuniæ*.

Cet examen au fond terminé, nous pouvons apporter quelque clarté dans le délicat problème de la terminologie :

1^o D'une façon très générale, on désigne en jurisprudence et en doctrine par le terme *action*, opposé à l'*intérêt*, un droit social transmissible ; c'est l'acception légale des textes opposant la commandite par actions à la commandite simple ou par intérêts. Les mots actions et intérêts servent donc à caractériser la nature du droit des associés dans leurs rapports, du point de vue du fonctionnement interne de la société ; il faut lui conserver strictement ce sens.

Pour apprécier si une part sociale est ou non une action, nous avons adopté en matière de société anonyme un critérium objectif : c'est la part de l'associé qui peut sortir de la

société ; il ne s'agit point d'*intuitus personæ* : une clause de préemption au profit des autres actionnaires ou de la société peut assurer le respect d'un *intuitus personæ* bien plus fort que dans certaines sociétés en nom collectif ; peu importe, pourvu que l'actionnaire puisse se retirer de la société en réalisant son droit ; dès l'instant, au contraire, où il faut à l'associé le consentement d'un organe social quelconque, pouvant l'empêcher de sortir de la société (clause d'agrément pur et simple), il y a intérêt : une pareille clause n'est donc pas possible dans une société anonyme, puisqu'elle est nécessairement par actions.

La jurisprudence, pour distinguer les deux commandites, a préféré adopter un critérium intentionnel et synthétique de l'action. D'après divers éléments de fait, d'après une « poussière d'éléments parasites » (1), elle recherche l'intention des parties : les commanditaires ont-ils voulu s'unir par des liens étroits, et considéré leur part comme exceptionnellement transmissible, ils sont par intérêts ; s'ils ont au contraire considéré cette part comme normalement transmissible, ils sont par actions. Cette méthode risque de conduire à des résultats arbitraires et contradictoires ; elle fait dépendre les règles concernant le fonctionnement extérieur de la personne morale d'une interprétation hypothétique de la volonté des parties. Les tiers, en face d'une société en commandite se déclarant par intérêts ou par actions, ne pourront bien souvent savoir en réalité quelle est sa forme et, par suite, si elle a satisfait aux exigences légales, très différentes pour chacune des deux commandites.

Il serait préférable d'adopter le même critérium objectif que nous avons dégagé pour l'action dans la société anonyme : une commandite serait par intérêts lorsque les autres associés, commanditaires ou gérants, peuvent s'opposer à la sortie du commanditaire ; elle serait par actions lorsque le commanditaire ne peut être rendu prisonnier de son titre.

Il résulte de ce critérium unique et précis de l'action :

1^o Que la société anonyme est nécessairement une société

(1) FRAISSINGE, *op. cit.*

par actions. On ne peut parler de société anonyme par intérêts, le droit de sortie de l'associé étant une protection d'ordre public. C'est par suite de cette règle que les auteurs ont pu dire que l'action, part sociale dans les sociétés commerciales de la loi de 1867, se caractérise par la transmissibilité et la limitation de responsabilité (1). Il est plus exact de dire, pour éviter toute confusion, que la part sociale dans ces sociétés se caractérise d'une part par la transmissibilité, comme étant nécessairement une action, et d'autre part par la limitation de responsabilité, caractéristique des sociétés commerciales ayant adopté la forme prévue par la loi de 1867.

2^o La loi du 7 mars 1925 tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée a créé une société par intérêts alliant l'intransmissibilité de la part à la responsabilité limitée envers les tiers : c'est en réalité une société anonyme par intérêts, type impossible à réaliser auparavant (2).

3^o On peut parler de société civile ou en nom collectif par actions, c'est-à-dire à parts transmissibles (3) (avec cette restriction que la forme au porteur n'est pas possible).

C'est créer une véritable confusion que de rattacher au mot d'action, pris seul, la notion de limitation de responsabilité. Cette dernière se rattache à un problème différent, le fonctionnement extérieur de la personne morale, et non aux rapports entre associés.

Si l'on caractérise l'action non seulement par la transmissibilité, mais par la limitation de responsabilité, comment parler de société civile ou en nom collectif par actions, alors que les associés sont personnellement responsables?

(1) Cf. les traités généraux et FRAISSINGRA, *op. cit.*

(2) Il est intéressant de noter que la loi de 1925 cherche à concilier la limitation de responsabilité avec la notion de crédit personnel. C'est ainsi que tout changement d'associé doit être publié dans le mois qui suit dans les mêmes formes que la liste des associés originaires, et que, d'autre part, le nom des associés peut figurer dans la raison sociale, bien qu'ils ne soient pas tenus personnellement.

(3) C'est à propos du problème des sociétés civiles par actions et de l'interprétation de l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867 (loi du 1^{er} août 1893) qu'est apparue la nécessité de préciser les notions d'action et d'intérêt, de sociétés de personnes et de capitaux, et de limitation de responsabilité. Cf. Req. 12 fév. 1907, S., 1909, 1, 577, note Wahl ; Civ. 7 janv. 1908, S., 1910, 1, 313, note Wahl ; Besançon 27 mars 1903 et Montpellier 20 mai 1903. D., 1904, 2, 241 et 248, note Percerou.

Cette limitation de responsabilité n'est pas le propre de l'action, puisqu'elle existe au profit du commanditaire par intérêt.

4^o Les expressions de « société de personnes » ou « de capitaux » sont insuffisantes pour caractériser une société. Il est nécessaire de préciser que l'on parle de sociétés de personnes et de capitaux entre associés, ou à l'égard des tiers : ainsi, une société anonyme peut reposer sur un *intuitus* très marqué entre associés et sanctionné par une clause de préemption : pour les tiers, c'est une société de capitaux. Mieux encore : la loi de 1925 crée au moyen de la société à responsabilité limitée une société de personnes entre associés et de capitaux à l'égard des tiers. Inversement, une société de capitaux entre associés peut être de personnes à l'égard des tiers : société civile ou en nom collectif par actions : la transmissibilité des parts est alliée à la responsabilité personnelle.

Il ne faut donc pas, comme la théorie classique, examiner une société d'un point de vue uniquement interne pour la cataloguer comme étant de personnes ou de capitaux ; comme nous venons de le voir, la coloration interne d'une société ne lui donne pas nécessairement son reflet extérieur.

Le contraire est plus exact : la véritable base de discrimination est la responsabilité personnelle ou limitée des associés envers les tiers, le caractère plus ou moins parfait de la personne morale ; le plus souvent, cette société de personnes ou de capitaux à l'égard des tiers conservera ce caractère entre associés ; la loi le présumera. Mais ce n'est pas une conséquence nécessaire, et il appartiendra en principe dans toute société aux associés d'organiser librement leur recrutement.

En particulier, en ce qui concerne la société anonyme, on peut tirer de cette étude les conclusions suivantes :

a. En droit commun, en l'absence de stipulations expresses des parties, les articles 34 et suivants du Code de commerce établissent une présomption d'exclusion d'*intuitus personæ*, c'est-à-dire la libre transmissibilité de la part sociale ;

b. Mais il appartient aux parties de se choisir *intuitu personæ* et de sanctionner cette union de façon expresse par des clauses particulières ;

c. Toutefois, la part dans la société anonyme étant nécessairement une action, de pareilles clauses ne pourraient avoir pour résultat d'empêcher l'actionnaire de se retirer de la société : il y a là une limitation indirecte au jeu de *l'intuitus personæ*.

APPLICATIONS

Les principes dégagés dans la section précédente vont nous permettre de faire, de prime abord, une distinction essentielle.

1^o Les manifestations d'*intuitus personæ* ne posant pas le problème du droit de sortie de l'actionnaire : toutes les manifestations de fait d'*intuitus* à l'origine de la société, toute condition imposée au souscripteur lors de la souscription primitive ou d'une émission ultérieure de capital, qu'il s'agisse d'un agrément ou d'une qualité précise. Elles sont licites, et personne ne songe à en contester la validité.

2^o Les clauses qui, au contraire, intéressent le droit de sortie de l'actionnaire, c'est-à-dire restreignent de façon quelconque la transmissibilité de l'action.

Il est évident que toute clause de cette nature exclut la forme au porteur, car la propriété en est transmise par simple tradition (art. 35 du Code du commerce). Aussi la Cour de Poitiers (4 juillet 1927 ; *Journal des Sociétés*, 1928, 536) déclare-t-elle qu'une clause de préemption concernant des titres au porteur « méconnaît la nature même de ces titres, qui, par définition, doivent pouvoir circuler de main en main par l'effet de la simple tradition ».

Ces clauses supposent donc des titres nominatifs, transmissibles par voie de transfert, dans les formes de l'article 1690, ou encore par endossement avec transcription de cet endossement sur les registres de la société.

Cette condition établie, il faut admettre que les clauses restrictives peuvent envisager les transmissions de toute nature. Nous avons vu des clauses compréhensives prévoyant les transmissions entre vifs ou par décès, à titre gratuit ou onéreux, conventionnelles ou forcées. Quel que soit le titre du cessionnaire, l'intérêt de la société à se défendre est le même ;

un héritier réservataire, par exemple, peut être aussi indésirable que tout autre étranger, et les engagements pris par le *de cujus*, les modalités de son droit, sont parfaitement opposables à son ayant-droit.

Donc, du point de vue de la validité des clauses restrictives, il n'y a pas à envisager la nature de la transmission.

Mais, l'action étant en principe transmissible, la jurisprudence interprète restrictivement les clauses statutaires qui portent atteinte à ce caractère. Si, par exemple, les clauses ne prévoient pas les transmissions par décès, celles-ci resteront soumises au droit commun, c'est-à-dire seront libres (Paris, 1^{er} février 1905 ; D., 05, 5, 38). De même, à défaut de dispositions expresses les clauses ne fonctionnent pas entre actionnaires (S., 09, 1, 397) (Cf. également Req., 6 août 1907 ; *Journal des Sociétés*, 1908, 349, déclarant inapplicable au transfert d'une action une clause restrictive prévue pour la souscription).

Si, laissant de côté les transmissions que régissent les clauses restrictives, on examine ces clauses elles-mêmes, il y a lieu de distinguer à nouveau trois séries de clauses :

- a. *Clauses exigeant une qualité précise ;*
- b. *Clause de préemption ;*
- c. *Clause d'agrément.*

A. Clauses exigeant une qualité précise. — Elles sont valables puisqu'elles laissent intact le principe de la transmissibilité. Aucun doute lorsque la qualité exigée est d'ordre tellement général qu'elle ne restreint guère la possibilité de trouver un cessionnaire : la nationalité française, par exemple. Mais cette clause peut limiter à un nombre très restreint d'individus la possibilité de devenir cessionnaire. Elle exige par exemple la qualité d'actionnaire : les actionnaires peuvent être très peu nombreux et refuser tous d'acquérir la part de celui qui désire se retirer.

Néanmoins, l'intérêt de la société doit ici prévaloir ; les actionnaires ont attaché une importance particulière à cette qualité d'associé. Le droit de sortie de l'actionnaire se trouve **uniquement** paralysé par des circonstances de fait, et la clause

sauvegardant en principe son droit de sortie reste valable. Cet actionnaire peut d'ailleurs demander à certaines conditions la dissolution de la société, la jurisprudence déclarant applicable à la société anonyme l'article 1871 du Code civil.

En pratique, pour éviter ces inconvénients, les sociétés, tout en encourageant les transmissions entre actionnaires par l'affranchissement de toute restriction, prévoient la possibilité de céder les actions à des tiers sous réserve d'un agrément ou d'une préemption au profit des actionnaires.

B. Clause de préemption. — La jurisprudence (1) et la doctrine (2) ont toujours considéré cette clause comme licite. Elle respecte le droit de sortie de l'actionnaire, puisque la société, si elle n'agrée pas le cessionnaire, doit en procurer un autre à l'actionnaire.

Mais la jurisprudence exige que cette préemption s'effectue à des conditions équitables et n'aboutisse pas à rendre illusoire le droit de l'actionnaire. La préemption doit obéir à une double condition de délai et de prix. Ainsi, dans un arrêt récent, la Cour de Poitiers (4 juillet 1927; *Journal des Sociétés*, 1928, 536) a précisé les caractères d'une clause de préemption licite.

« Attendu que l'article 11 des statuts de la société de filature et de tissage de Ligugé, dont la dame Kopf et Gérard Hambis poursuivent la nullité, stipulait dans sa forme originare que toute transmission d'action nominative ou au porteur devait, pour être opposable à la société, être notifiée au conseil d'administration, lequel pouvait, dans le mois de la notification, exercer le retrait de l'action, moyennant le paiement d'une somme à déterminer chaque année par l'assemblée générale d'après le bilan ; que, si le conseil n'exerçait pas cette prérogative dans le mois, il était forclos ; que le rachat pouvait d'ailleurs être exercé non seulement en cas de

(1) Douai, 11 mai 1906, D. 09, 2, 76 ; Cas. 29 mars 1902, S. 1905, I, 89 et 29 octobre 1902, *Journ. Soc.*, 1904, 391 ; Cour de Poitiers, 4 juillet 1927, *Journ. Soc.*, 1928, 536.

(2) ESCARRA, *op. cit.* ; CAMIER, Des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions ; THALLER et PIC, n° 748 ; LYON-CAEN et RENAUT, t. II, n° 558, etc.

cession, mais encore de décès, de mise en faillite, d'interdiction ou d'incapacité civile du sociétaire ;

« Attendu qu'une telle clause n'avait rien en soi d'illicite ; que, si la faculté de rachat était établie en faveur de la société, elle n'aboutissait pas à une diminution du capital social, un fonds de réserve spécial ayant été constitué en vue du rachat éventuel ; que le taux du rachat n'était pas laissé à l'arbitraire du conseil d'administration, puisqu'il était établi d'après le bilan ; qu'au surplus, une délibération de l'assemblée générale du 22 septembre 1918 vint fixer un mode de calcul précis et invariable de ce taux, automatiquement établi chaque année de manière à représenter à toute époque la part de chaque action dans l'actif social ; que, s'agissant de valeurs non cotées en bourse, il n'existait pas d'autre critérium pour déterminer le taux de la préemption... »

La préemption doit donc être exercée dans un délai raisonnable et à un prix calculé sur une base rationnelle. Les tribunaux ont très nettement rappelé ces principes dans la fameuse affaire des Rizeries françaises (Cf. infra). Il s'agissait en l'espèce d'une clause introduite dans les statuts par une délibération de l'assemblée générale extraordinaire ; mais les attendus de la Cour de Rouen ont une portée générale et s'appliquent à toute clause de préemption, qu'elle figure dans les statuts originaires ou qu'elle ait été introduite au cours de la société ; la clause litigieuse soumettait toute transmission à l'agrément du conseil, qui pouvait s'y opposer purement et simplement, ou exercer un droit de préemption au profit d'un bénéficiaire désigné par lui, et au prix qu'il fixait dans les limites d'un maximum déterminé chaque année par l'assemblée générale des actionnaires.

« Attendu que, s'il était loisible à une assemblée générale de sauvegarder les intérêts sociaux par des mesures de garantie en cas de vente d'actions, ces mesures ne sauraient avoir pour effet de livrer le sort des titres vendus à l'arbitraire du conseil et de paralyser entièrement le droit de libre disposition du propriétaire ; attendu que l'assemblée générale a encore manifestement excédé son droit en attribuant au conseil une prérogative de préemption au profit de qui il lui conviendra,

au prix qu'il lui plaira de payer, dans la limite d'un maximum déterminé ; qu'une pareille stipulation fait abusivement dépendre de la seule volonté intéressée du conseil un prix dont l'évaluation correcte devrait procéder d'une *base rationnelle impartiale*, telle qu'une capitalisation de dividende à un taux normal ; que le résultat constitue une rupture d'équilibre choquante parce qu'il aboutit à procurer au moindre prix des titres préemptés à un groupe restreint de gros sociétaires fondateurs, parents ou amis de fondateurs, et à accroître la masse éventuellement partageable au détriment des associés qui aliènent leurs actions avant la liquidation. »

Si l'on rapproche cet arrêt de la Cour de Rouen de celui de la Cour de Poitiers, on arrive aux conclusions suivantes :

1^o La préemption doit être exercée à *titre obligatoire* par le conseil s'il prétend s'opposer à la cession projetée. Une clause de préemption facultative, consacrant le droit du conseil de s'opposer purement et simplement à la cession ou d'exercer s'il lui plaît un droit de préemption, est illicite. En effet, elle soulève les critiques qu'on peut faire à toute clause d'agrément pur et simple (Cf. infra), en y ajoutant de plus un droit parfaitement arbitraire au profit du conseil et qui laisse l'actionnaire à sa merci.

2^o La préemption doit être exercée dans un *délai raisonnable*.

3^o Son prix doit être calculé sur une *base forfaitaire impartiale*. Ainsi, sont licites les différentes combinaisons que nous avons examinées :

a. Prévoyant le droit de l'actionnaire de provoquer une adjudication en cas de refus de son cessionnaire par le conseil (Louvre et Malopolska) ;

b. Prenant pour base le prix proposé dans la cession, tout en fixant un maximum calculé de façon rationnelle (Crédit Lyonnais, Agence Havas) ;

c. Calculant le prix de la préemption d'après un mode forfaitaire équitable sans tenir aucun compte du prix offert par le premier cessionnaire (Constructions électriques de France, Charbonnages du Tonkin).

Au contraire, paraît d'une validité douteuse toute clause

laissant au conseil le pouvoir de fixer arbitrairement le prix de la préemption ; le fait qu'un maximum à ce prix est fixé chaque année par l'assemblée générale ne protège pas l'actionnaire, mais uniquement la société. Une pareille clause peut aboutir à une véritable spoliation du droit de l'actionnaire ; la fraude est particulièrement à redouter quand il appartient au conseil de désigner librement le bénéficiaire de la préemption ; comme le souligne la Cour de Rouen, cette clause « aboutit à procurer au moindre prix des titres préemptés à un groupe restreint de gros sociétaires fondateurs, parents ou amis de fondateurs ».

C. Clause d'agrément. — Il faut assimiler, nous l'avons vu, à la clause d'agrément pur et simple la clause lui adjoignant un droit de préemption facultatif ; toutes deux donnent le droit à la société de s'opposer de façon absolue à la transmission des actions.

La majorité de la doctrine (1) se prononce en faveur de la validité d'une pareille clause. En effet, fait-on remarquer, la préemption n'est pas toujours possible. Si les statuts l'établissent au profit de la société, cette dernière peut fort bien ne pas avoir en fait de réserves suffisantes pour l'exercer ; si la préemption est instituée au profit des autres actionnaires, ceux-ci, ayant déjà souscrit leur maximum lors de la constitution de la société, refuseront de bénéficier de ce droit. Quand les affaires sont mauvaises, le conseil d'administration peut ne trouver personne à substituer au cessionnaire écarté ; c'est pourtant alors que la société doit particulièrement se défendre contre les agissements de concurrents ou d'étrangers cherchant à se procurer à vil prix le contrôle de l'affaire ; d'où la légitimité d'une clause d'agrément.

La jurisprudence (2) est dans ce sens, et l'arrêt souvent cité rendu par la Chambre des requêtes en 1902 est particulièrement affirmatif :

(1) THALLER et PIC, n° 747 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, t. I, n° 395 ; ESCARRA, *op. cit.* ; BOURCART, *op. cit.* ; LAGARDE, Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits (*Revue crit. Législ. et Jur.*, 1928, p. 65) ; DAVID, *op. cit.*, etc. ; *Contra* : CAMIER, *op. cit.* ; WAHL, *Précis*, n° 487.

(2) Paris, 1^{er} fév. 1905, *Journ. Soc.*, 1905, 504 ; Cas., 29 oct. 1902 et Aix, D. 04, 1, 89, S. 05, 1, 89 ; Trib. civil Chollet, 12 février 1925, D. 26, 2, 87.

« Attendu qu'aucun article de loi n'empêche les statuts d'une société de subordonner la cession des actions à certaines autorisations, soit de l'assemblée générale, soit de son conseil d'administration... Que, si cette restriction à la cessibilité est expressément autorisée pour les sociétés à capital variable par l'article 50 de la loi du 24 juillet 1867, elle n'est pas contraire à la nature, à l'essence des sociétés anonymes ordinaires ; qu'il doit en être d'autant plus ainsi quand cette société, comme dans le cas actuel, est non seulement un groupement de fonds, mais une association de personnes dont la considération est de la plus haute importance pour l'exercice et le fonctionnement de la société. »

En réalité, deux droits ici se heurtent :

- a. Le droit de l'actionnaire de sortir de la société ;
- b. Celui de la société, des autres actionnaires, de se défendre contre les intrus, le légitime désir de maintenir l'*intuitus personæ* existant.

Lequel des deux doit prévaloir ?

Les partisans de la clause d'agrément invoquent en sa faveur divers arguments :

1^o L'article 50 du titre III de la loi du 24 juillet 1867, disposition particulière aux sociétés à capital variable et reconnaissant au conseil ou à l'assemblée le droit de s'opposer au transfert.

C'est là une disposition exceptionnelle concernant des sociétés à forme très particulière, et les auteurs s'accordent en général pour admettre qu'il est difficile d'en tirer argument pour ou contre la validité de la clause d'agrément.

2^o Certains auteurs soulignent le caractère fuyant de la distinction des sociétés de personnes et de capitaux. De même que l'*intuitus pecuniæ* pénètre de plus en plus la société de personnes, de même, l'*intuitus personæ* envahit tous les jours la société anonyme. Il y a là un phénomène qu'on ne peut que constater, répondant aux nécessités de la vie commerciale, et dont la clause d'agrément est une des légitimes manifestations.

Pour nous, là n'est pas la question. Il ne s'agit pas, nous l'avons vu, d'envisager, d'un point de vue théorique, si l'*intui-*

tus pecuniæ qui régit la société anonyme peut tolérer l'existence d'une clause d'agrément. Le seul problème est de savoir si pareille clause ne se heurte pas au droit de sortie de l'actionnaire, garantie d'ordre public qui lui est reconnue par la loi.

3^o On répond alors qu'« en principe », l'action reste transmissible ; l'actionnaire n'est pas privé de son droit. La jurisprudence ne valide cette clause que comme consacrant une interdiction d'espèce, sous réserve du contrôle judiciaire. On voit dans ce contrôle (LAGARDE, *op. cit.*) une garantie suffisante pour l'actionnaire.

C'est une protection insuffisante, et dire qu'« en principe » l'action reste transmissible n'est qu'un jeu de mots. Reprenons l'exemple de la clause d'agrément que contiennent les statuts de la Société anonyme d'exploration : elle confère au conseil le droit absolu de s'opposer au transfert, en ajoutant que « la décision du conseil d'administration ne sera pas motivée et ne pourra, dans aucun cas, engendrer une responsabilité quelconque à sa charge ».

L'actionnaire devra alors, avec toute la lenteur, l'incertitude et les frais que comporte une action judiciaire, poursuivre le conseil devant les tribunaux pour démontrer le caractère arbitraire de son refus : comment apprécier ce dernier fait ? L'actionnaire ignore même ce qu'on reproche à son cessionnaire. Une pareille protection est antidémocratique ; seul le gros actionnaire, ayant un intérêt suffisant et les ressources nécessaires, se souciera de courir les risques d'un procès ; un petit actionnaire ne le fera pas.

Il est impossible de concilier le caractère d'ordre public de la transmissibilité de l'action et la validité de la clause d'agrément. Il faut renoncer à l'un des deux termes. Il n'est pas douteux que l'intérêt de l'actionnaire doive ici l'emporter ; les statuts ne peuvent établir d'*intuitus personæ* que dans la mesure où il n'est pas porté atteinte à son droit ; aussi toute clause d'agrément doit-elle être assortie d'une préemption.

La loi de 1925 sur la société à responsabilité limitée vient nous apporter un argument de poids. Si les associés prétendent établir entre eux un *intuitus personæ* très fort, sanctionné par l'intransmissibilité de la part, tout en voulant bénéficier de

la responsabilité limitée à l'égard des tiers, ils devront nécessairement opter pour la forme de la société à responsabilité limitée de la nouvelle loi. L'une des grandes nouveautés de cette loi est en effet d'avoir rendu licite un type de société anonyme par intérêts : la transmission de la part sociale est soumise à l'agrément des autres associés, qui peuvent s'y opposer de façon absolue. Cette clause d'agrément, caractéristique de l'intérêt, ne saurait fonctionner dans la société anonyme de la loi de 1867, car elle est nécessairement par actions.

Ce qui rend particulièrement délicat l'analyse de la jurisprudence récente, c'est que le problème se pose en pratique sur un terrain un peu particulier : celui des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire de modifier les statuts, aux termes de la loi du 22 novembre 1913. En effet, avant la guerre, il n'apparaissait pas nécessaire le plus souvent de protéger la société contre la mainmise de groupes concurrents par des clauses particulières. Les troubles de l'après-guerre, la dépréciation du franc et les luttes de la finance internationale ont incité les sociétés à modifier leurs statuts pour insérer des clauses restrictives de transmissibilité ne figurant pas dans le pacte social primitif.

Nous sommes loin d'un *intuitus personæ* originaire ayant incité les associés à s'unir. Il s'agit ici du simple désir de maintenir le *statu quo*, de conserver l'affaire aux mains de ceux qui l'ont contrôlée jusque-là.

La jurisprudence s'y est montrée nettement hostile dans la fameuse affaire des « Rizeries françaises C. Godin », qui a suscité dans la doctrine de nombreux commentaires.

Les statuts primitifs des Rizeries françaises ne prévoyaient aucune restriction à la transmissibilité des actions. L'assemblée générale extraordinaire, par une décision du 27 septembre 1920, introduisit dans les statuts une clause d'agrément avec faculté de préemption. Le conseil pouvait désormais s'opposer purement et simplement au transfert des actions, ou exercer, à titre facultatif, et au profit du bénéficiaire qu'il indiquerait, un droit de préemption au prix fixé par lui, sans pouvoir dépasser un maximum déterminé chaque année par

l'assemblée générale. Godin, ayant trouvé un cessionnaire pour les 100 actions qu'il détenait au prix de 1 600 francs par action, en informa le conseil. Ce dernier, se prévalant du droit qui lui avait été reconnu par l'assemblée générale extraordinaire, s'opposa au transfert et voulut lui imposer une préemption au prix de 850 francs.

Le tribunal de commerce du Havre (1) admit la nullité de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire et alloua des dommages et intérêts à Godin. La Cour d'appel de Rouen (2) confirma cette décision et la Cour de cassation (3) rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt.

Le tribunal de commerce du Havre et la Cour de cassation invoquèrent simplement qu'une telle délibération constituait une « augmentation des engagements des actionnaires » en violation du texte de la loi du 22 novembre 1913 (art. 31 du Code de commerce).

Cet arrêt de la Chambre des requêtes a fait jurisprudence. Le tribunal civil de la Seine (4) a annulé une délibération d'assemblée générale extraordinaire, modifiant les statuts par l'insertion d'une clause de préemption, sur la même base d'augmentation des engagements des actionnaires.

La doctrine est unanime à condamner une pareille interprétation de la loi du 22 novembre 1913 : en interdisant à l'assemblée générale extraordinaire « d'augmenter les engagements des actionnaires », le législateur a simplement voulu rappeler la règle de la limitation de responsabilité. Restreindre la cessibilité de l'action n'est pas augmenter les engagements de l'actionnaire, mais seulement diminuer l'une de ses prérogatives.

Dans leurs commentaires de l'affaire des Rizeries françaises, les auteurs déclarent que « seule la théorie du détournement de pouvoir devait, avec l'idée de bonne foi, permettre de faire droit à la requête de Godin » (DAVID, *op. cit.*, 121).

(1) 28 oct. 1921, *Journ. Soc.*, 1922, 500 ; *Rev. Soc.* 1922, 311.

(2) 3 janv. 1923, *Journ. Soc.*, 1923, 348 ; *Ann. Dr. com.*, 1924, 312.

(3) Req. 2 janv. 1924, *Journ. Soc.* 1925, 83, note Bosvieux ; *Rev. Soc.*, 1925, 72 ; D. P., 1927, 1, 161, note Escarra ; S. 1924, 1, 225, note Esmein.

(4) 21 janv. 1925, *Journ. Soc.* 1925, 652 ; *Rev. Soc.* 1925, 481 ; D. P., 1927, 2, 106.

Pour nous, le seul fait qu'il s'agissait, dans l'affaire des Rizeries françaises, d'une clause d'agrément, avec préemption facultative, dont le prix était laissé à l'arbitraire du conseil, aurait dû suffire pour la déclarer illicite, sans examiner si cette clause avait en fait fonctionné de façon scandaleuse ou si elle figurait ou non dans les statuts primitifs.

Il résulte de cette jurisprudence particulière que trois notions vont venir limiter l'introduction de l'*intuitus personæ* dans la société anonyme par des clauses restrictives de transmissibilité :

1^o La loi du 22 novembre 1913 : l'assemblée générale ne saurait introduire dans les statuts des clauses restrictives, valables en elles-mêmes, mais qui ne figureraient pas dans le pacte social primitif. La doctrine considère au contraire, et à juste titre, que la loi de 1913 consacre l'omnipotence de l'assemblée générale extraordinaire et que la majorité peut faire, au cours de la société, ce qu'il était dans les pouvoirs de l'unanimité d'accomplir à l'origine de la société. D'après ce principe, aucune restriction à l'*intuitus personæ* ne devrait résulter de la loi de 1913 ; les solutions doivent être les mêmes, qu'il s'agisse de clauses originaires ou introduites postérieurement.

2^o C'est donc la clause elle-même qu'il faut examiner. La doctrine déclare une clause d'agrément valable, à condition que dans son fonctionnement le conseil ne commette pas de détournement de son pouvoir contraire à la bonne foi. Le contrôle judiciaire lui semble une garantie suffisante.

3^o Nous avons vu que ce contrôle ne devait constituer qu'une protection supplémentaire, d'ordre subjectif, destinée à assouplir le jeu d'une clause restrictive déclarée en elle-même valable, et à empêcher qu'elle ne soit détournée de son véritable objet.

Une clause restrictive doit tout d'abord respecter le droit de sortie de l'actionnaire. Cette disposition réglementaire et objective de la loi de 1867 constitue sa première et véritable protection, et la clause d'agrément doit être déclarée illicite, car elle fait perdre son caractère à l'action.

DEUXIÈME PARTIE

DE L' «INTUITUS PERSONÆ» DANS LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

Dans sa célèbre note au Dalloz (D. 1893, I, 105), Thaller distingue deux aspects dans la personnalité morale des sociétés : la personnalité extérieure et la personnalité interne.

« La personnalité extérieure est celle qui procure les attributs d'une vie propre et d'une capacité complète à la collectivité traitant avec le dehors, avec ses correspondants de toute nature...

« La personnalité intérieure a un cercle différent d'action. Il s'agit de relations sociales nées du contrat de société, et non point de tel ou tel contrat d'exploitation. Il s'agit de relations garanties par l'action *pro socio*. »

La personnalité extérieure n'est autre chose que ce qu'entendent habituellement les juristes par personnalité morale des sociétés. Elle se manifeste de façon assez différente selon qu'il s'agit de sociétés de personnes ou de capitaux.

Dans la société de personnes, il semble que les besoins du commerce et l'apparition de la notion de personnalité n'aient pu faire disparaître entièrement l'ancien caractère du contrat de société, simple rapport d'obligations unissant quelques individus. En effet, la société en nom collectif ne constitue pas vraiment une personne juridique distincte, stable, avec un pa-

trimoine et un crédit propre. Son existence est fragile et suspendue à la mort, l'interdiction ou la faillite des associés : l'*intuitus personæ* qui les unit réagit sur elles. Dans la raison sociale figurent les noms des associés, et c'est le crédit personnel de ces associés, tenus *in infinitum* et solidairement, qui imprime son caractère à la société. Aussi certains auteurs ont-ils pu nier l'existence d'une personnalité morale, et expliquer par d'autres règles juridiques les conséquences qu'on en fait habituellement découler (1).

Avec la société anonyme, au contraire, la notion de personnalité morale est poussée dans ses conséquences logiques. L'existence de la société est indépendante de celle de ses membres ; leur mort, leur incapacité, leur perpétuel renouvellement ne l'atteignent pas ; cette stabilité est rendue possible et nécessaire par l'absence d'*intuitus personæ* entre les actionnaires. Personne juridique parfaite, elle offre aux tiers, en garantie de ses opérations, son propre patrimoine, son seul capital social, distinct du patrimoine des actionnaires.

Cette différence entre les sociétés de personnes et de capitaux se retrouve pour le second aspect de la personnalité morale que distingue Thaller, la personnalité interne.

Dans une société en nom collectif, les rapports entre associés et les règles concernant la gestion sont dominés par le fait que ces associés se sont unis en raison de leur personne ; la société garde un caractère individualiste et contractuel ; c'est la volonté expresse des parties, ou leur intention présumée, qu'il faudra considérer. D'après l'article 1859 du Code civil, « à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

« Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer... »

Si une clause spéciale du contrat de société a désigné un gérant chargé d'administrer, il est en principe irrévocable sans cause légitime. La désignation d'un gérant au cours de la société devra réunir l'unanimité des consentements.

En somme, rien qui soit exorbitant du droit commun des

(1) THALLER, *Traité élémentaire*, n° 280 et suiv.

obligations. On ne peut parler en aucune manière de personnalité interne, le contrat de société crée entre les associés un simple rapport d'obligation.

Si l'on examine les règles de gestion de la société anonyme, il en va tout autrement.

La limitation de responsabilité qu'organise la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, en supprimant la nécessité d'obtenir une autorisation, présente un grand danger, et pour les épargnants, et pour les tiers appelés à contracter avec la société. Cette dérogation au principe général du droit privé, selon lequel quiconque s'engage, engage aussi le sien, dérogation que rendait possible la fiction de la personnalité morale, allait nécessiter la protection d'un système réglementaire, et réagir en particulier sur les rapports entre associés : la gestion de la société anonyme échappe en grande partie au principe de la liberté des conventions ; elle est réglée, en dehors de toute base contractuelle, par des prescriptions impératives.

Quelles sont-elles ?

L'actionnaire, nous l'avons vu, est « un associé dont on ne recherche pas les qualités individuelles, mais seulement la mise ». On s'adresse non aux personnes, mais au capital, et souvent par voie de souscription ouverte au public ; les apports ayant été réalisés et intégrés dans le capital social, peu importe que les actionnaires cèdent leurs actions. Cet *intuitus pecuniæ* dans le choix initial et le renouvellement des actionnaires, rendu possible par la règle de la limitation de responsabilité, va trouver son prolongement logique dans le fonctionnement de la société. Puisque les seuls capitaux ont concouru à la formation de la société, c'est à eux seuls qu'il appartient de la gérer : le pouvoir souverain dans la société est détenu par l'assemblée générale des actionnaires. Elle désigne bien des administrateurs, mais ceux-ci ne sont que les mandataires temporaires et révocables de ses volontés.

Sur quelles bases sont organisées les délibérations de cette assemblée ?

Nous ne sommes pas en présence ici de quelques associés se connaissant mutuellement, discutant ensemble les affaires

sociales, et décidant, en principe, à l'unanimité. « Il n'y a plus de lien immédiat établi d'homme à homme, mais une série de rattachements individuels à un ensemble, à un bloc qui est l'entreprise elle-même : parlà, l'idée de personnalité rentre en scène. » (THALLER, note précitée.)

Dans une pareille assemblée (art. 28 de la loi du 24 juillet 1867), les délibérations sont prises à la majorité des voix. Avec ce principe majoritaire, on voit le droit à la gestion de l'actionnaire perdre le caractère de droit propre, subjectif, tiré du contrat de société. L'actionnaire assure simplement par son vote le mécanisme, le fonctionnement interne de la personne morale. C'est cette abdication du droit individuel devant le principe majoritaire, ce caractère fonctionnel, corporatif du droit de vote, que Thaller a éclairé par la notion de personnalité morale interne.

Cette majorité qui va diriger la gestion de la société va nécessairement être celle du capital, des actions.

L'économie de la loi de 1867 traduit très nettement que tel est l'esprit du système ; un certain nombre de textes en témoignent : l'article 27, concernant les assemblées générales ordinaires, qui stipule que « les statuts déterminent le nombre d'*actions* qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, *en égard au nombre d'actions dont il est porteur* » ; l'article 31, d'après lequel, dans les assemblées générales extraordinaires, tout actionnaire prend part aux délibérations avec un *nombre de voix égal aux actions qu'il possède*, sans limitation ; enfin, les prescriptions légales imposant pour la tenue des assemblées un certain *quorum de capital*.

C'est donc bien la majorité du capital qui va gérer la société anonyme ; c'est ce qu'il faut entendre par *intuitus pecuniæ*. On voit alors quelle signification et quelle portée très différente prend ici ce principe d'*intuitus pecuniæ*, de celles que nous lui avons assignées dans le choix des actionnaires de la société anonyme. Il ne s'agit plus ici d'intention des parties de s'associer sur la seule base du capital, en excluant tout *intuitus personæ*, règle interprétative qu'elles demeuraient

libres d'écarter. L'*intuitus pecuniæ* dans la gestion de la société anonyme est au contraire une règle impérative, l'essence même du système réglementaire de 1867 ; il prend son principe dans un double fondement :

1^o Du point de vue de l'actionnaire lui-même tout d'abord. —

L'union des actionnaires est basée sur l'*intuitus pecuniæ* ; ils ne font que mettre en commun une certaine mise à laquelle se limite leur responsabilité, et n'engagent pas leur crédit personnel ; il est conforme à la stricte justice de reconnaître à l'actionnaire un droit à la gestion proportionnel à sa mise, au risque qu'il court dans la société. C'est cette idée qu'exprime la notion d' « indivisibilité des droits attachés à l'action ». La qualité d'actionnaire confère deux séries de droits :

a. Les droits pécuniaires, perception des bénéfices, partage des réserves, remboursement du capital social ;

b. Les droits d'administration, c'est-à-dire l'accès aux assemblées générales et le droit de vote.

Ce droit de vote a pour but de permettre à l'actionnaire de défendre ses droits pécuniaires.

« Il constitue le droit complémentaire, le corollaire du droit pécuniaire, dont il forme en quelque sorte le prolongement. Les deux droits sont inséparables (1). »

Puisque ce droit de vote « a pour fondement juridique l'existence d'un apport ayant contribué à former le capital social et qui doit être défendu », il est conforme à la logique de le proportionner à l'importance de cet apport.

2^o Du point de vue de la société. — L'*intuitus pecuniæ* trouve ici sa justification profonde dans une présomption de conformité entre l'intérêt du capitaliste et celui de la société. On s'en remet, pour assurer le bon fonctionnement de la société, au mobile personnel, égoïste. Celui qui risque son argent dans l'affaire sera naturellement enclin à y apporter une collaboration attentive et loyale ; plus son intérêt dans l'affaire sera considérable et plus le souci de faire prospérer l'entreprise

(1) CORDONNIER, L'actionnaire peut-il céder son droit de vote? (*Journ. Soc.*, 1927, p. 5).

sera chez lui prononcé ; aussi faut-il lui accorder une influence proportionnelle à ce risque.

Il y a là quelque chose d'analogue au principe qui inspire la doctrine libérale en matière économique : l'harmonie entre les activités individuelles et l'intérêt de la collectivité ; mais c'est ici encore plus frappant, puisqu'il n'y a même pas l'apparence d'intérêts antagoniques entre les associés ; tous ont en vue la prospérité de l'entreprise sociale, et cette identité d'intérêts est la meilleure garantie pour la société et les associés de la loyauté de chacun.

Il apparaît alors que le droit de vote remplit une double fonction :

1^o Une fonction individualiste, en tant qu'il protège les droits de l'actionnaire considéré isolément ;

2^o Une fonction sociale ; ce caractère social du droit de vote a été dégagé plus tardivement par la doctrine ; il n'est pas tant un droit conçu en faveur de l'actionnaire qu'une fonction destinée à assurer la gestion de la société, et ce caractère vient délimiter son contenu : le droit de vote étant conféré à l'individu dans l'intérêt de la collectivité, il commet un détournement de pouvoir en l'utilisant pour d'autres fins.

Il ne faut pas envisager le droit de vote exclusivement sous l'un de ces deux aspects, et ne voir en lui qu'un « droit-pouvoir » ou un « droit-fonction » ; il participe à la nature des deux ; et l'on retrouve dans la jurisprudence ce double souci de respecter l'intérêt de la société (applications jurisprudentielles de la notion de détournement de pouvoir et d'abus du droit pour annuler certaines délibérations de la majorité), et celui de l'actionnaire (licéité du vote des administrateurs sur l'approbation de leur gestion).

Ce système de la loi de 1867, malgré son harmonie d'ensemble, n'a pas résisté aux circonstances économiques et à la pratique des sociétés. Une série de faits sont venus lui porter plus ou moins gravement atteinte. La loi elle-même l'avait d'ailleurs sensiblement tempéré.

Les dérogations au principe d'*intuitus pecuniæ* dans la gestion de la société anonyme, principe conçu à la fois dans

l'intérêt de l'actionnaire et celui de la société par suite d'une présomption de conformité, vont résulter, en prenant ce mot dans sa plus large acception, de l'*intuitus personæ*, du fait de la personne, par opposition avec le capital. Ce facteur humain va fausser le mécanisme de l'*intuitus pecuniæ*, soit directement, soit dans son fondement rationnel, et selon des modalités assez diverses que nous étudierons dans autant de chapitres de cette deuxième partie.

1^o Le fonctionnement normal de la loi du capital suppose la présence de ce capital. Or, la pratique révèle que les actionnaires se désintéressent de plus en plus de la gestion des sociétés. Ils n'assistent pas aux assemblées générales, et par suite la loi du capital va se trouver déjouée : les délibérations seront prises à la majorité d'un capital très réduit ; l'activité des actionnaires qui assistent aux assemblées, ce fait qu'ils s'intéressent au fonctionnement de la société, va leur conférer une influence qui ne sera plus seulement en relation avec leur apport. Il se produit une discrimination entre les associés sur cette base d'une collaboration, effective ou non, à l'entreprise sociale. Des minorités agissantes et faisant bloc vont, en fait, diriger la société.

N'existe-t-il pas de remède à ce mal de l'absentéisme ? On peut songer soit à réagir directement contre l'indifférence des actionnaires (jetons de présence), soit à neutraliser le déséquilibre produit par la masse des absents (actions spéciales de vote), soit à substituer au capitaliste isolé un organisme chargé de gérer son portefeuille (*investment trusts*).

2^o L'actionnaire n'assistant pas aux assemblées, son droit se trouvera parfois exercé par un tiers : la loi de 1867 prévoit que l'actionnaire peut se faire représenter et les statuts organisent en fait cette représentation ; la présence du mandataire à l'assemblée équivalant juridiquement à celle du mandat, il semble que la loi du capital n'en soit pas modifiée. En fait, ce mandataire aura souvent une qualité personnelle qui lui créera un intérêt dans la société : il ne votera pas dans l'intérêt de son mandataire, mais en réalité pour son propre compte ; son vote ne sera plus dicté par le souci de protéger une mise et n'aura pas forcément pour objet le bien de la so-

ciété : la présomption de conformité entre l'intérêt du votant et celui de la société va se trouver démentie, et la protection des droits de l'actionnaire singulièrement compromise.

Ne faudra-t-il pas admettre alors ouvertement que l'actionnaire peut céder son droit de vote? Étant donné que dans ce cas le cessionnaire votera à titre personnel, le lien entre l'apport et le droit à la gestion va se trouver complètement rompu, et la présomption d'intérêt directement mise en échec.

3^o Alors même que l'actionnaire assisterait en personne à l'assemblée, une autre considération intervient : il est arbitraire d'envisager cet actionnaire comme étant uniquement un porteur de capital ; en tant qu'homme, il exerce une activité très diverse, et il peut se faire que cette activité lui crée dans la société un intérêt très distinct de celui que lui conférerait sa seule qualité d'actionnaire. Cette qualité pourra même l'inciter à voter contre le bien de la société : il y a renversement de la présomption un peu simpliste de conformité d'intérêt qui est à la base de l'*intuitus pecuniæ*.

Cette qualité de l'actionnaire peut résulter du rôle particulier qu'il joue dans la société même (administrateur), ou de son activité extérieure (actionnaire concurrent ou apportant au contraire son concours : société mère actionnaire d'une filiale).

4^o Enfin, la loi elle-même ou les statuts vont déroger directement dans une certaine mesure au principe d'*intuitus pecuniæ*, en attribuant aux actionnaires un droit de vote sans conformité avec leur apport.

Ou bien ils favoriseront la personne en général, abstraitement considérée, en modifiant le jeu normal du vote des capitaux par la limitation du nombre de voix que peut posséder chaque actionnaire.

Ou bien encore, les statuts reconnaîtront à des actionnaires déterminés, par suite de diverses considérations, un droit de vote prééminent et que ne justifie pas leur apport (actions à vote plural).

Cette deuxième partie comprendra donc quatre chapitres :

CHAPITRE PREMIER. — De l'absentéisme aux assemblées générales et de ses remèdes (jetons de présence, actions spéciales de vote, *investment trusts*).

CHAPITRE II. — De la représentation aux assemblées et de la cession du droit de vote ; les syndicats d'actionnaires.

CHAPITRE III. — De l'intérêt que peut avoir l'actionnaire dans la gestion de la société, en dehors de cette qualité (actionnaire administrateur ; omniums et holdings).

CHAPITRE IV. — Des dérogations directes qu'apportent la loi ou les statuts à l'*intuitus pecuniæ* dans le vote (limitation du nombre de voix ; actions à vote plural).

CHAPITRE PREMIER

DE L'ABSENTÉISME AUX ASSEMBLÉES GÉNÉRALES ET DE SES REMÈDES

L'absentéisme aux assemblées générales est un fait commun à toutes les sociétés par actions, et qui n'est pas particulier à notre pays. Il prend sa source dans des causes diverses :

a. La variété dans la composition du portefeuille d'un capitaliste moderne. Soucieux d'équilibrer les risques, ce capitaliste détient le plus souvent des titres d'un grand nombre de sociétés ; il lui est impossible de suivre leur gestion et d'assister à toutes les assemblées ; les difficultés matérielles et la conscience de son incompétence l'en détournent.

b. Par suite même de la diversité dans la composition de son portefeuille, ce capitaliste ne détient qu'un intérêt minime dans chaque société, étant donné le chiffre très élevé qu'atteint le plus souvent leur capital social. Il a l'impression de l'impuissance et de la futilité de son concours. Il sait qu'en fait le contrôle de l'affaire est détenu par telle personne ou tel groupe, et le plus souvent, s'il est devenu actionnaire, c'est qu'il avait confiance dans ce contrôle.

c. Les statuts de sociétés prévoient d'ailleurs le plus souvent qu'il est nécessaire de posséder un certain nombre d'actions pour assister et voter aux assemblées ; ce minimum est parfois assez élevé (Société anonyme des ateliers et chantiers de Brest :

200 actions). La loi du 1^{er} août 1893 a bien prévu, par une disposition d'ordre public, la faculté de groupement des petits actionnaires pour assurer leur représentation aux assemblées. Mais cette disposition est restée en pratique lettre morte ; seul le conseil pourrait organiser ce groupement, et, en général, il s'en soucie peu.

d. Il faut enfin ajouter que l'appréhension du fisc empêche souvent l'actionnaire de déposer ses titres en vue de l'assemblée.

On a songé à divers procédés pour remédier à cet absentéisme. Des auteurs allemands ont proposé la solution radicale de l'assistance et du vote obligatoires (1). Les statuts ne peuvent, à notre avis, imposer une pareille obligation aux actionnaires, et la sanctionner par certaines pénalités comme la suppression ou la diminution du dividende ; une pareille disposition aboutirait à frustrer l'actionnaire d'un de ses droits. L'article 27 de la loi du 24 juillet 1867 déclare que l'actionnaire « peut prendre part aux délibérations » de l'assemblée constitutive, et l'article 31 sur les assemblées extraordinaires contient la même disposition.

Le législateur ayant imposé un certain quorum de capital pour la tenue des assemblées, la pratique s'est ingéniée à remédier à l'indifférence des actionnaires. En dehors du procédé du pouvoir (voir *infra*, chap. II), elle a incité les actionnaires à assister ou à se faire représenter à l'assemblée par l'appât d'un jeton de présence. Ce jeton est en principe proportionnel au nombre d'actions représentées. On ne peut contester sa validité, car il ne constitue pas une part des bénéfices attribués à certains actionnaires au détriment des autres, mais un paiement à la suite d'un contrat qui tient du louage d'ouvrage (2). Il est d'ailleurs fort coûteux et n'est pas à la portée de toutes les sociétés.

En fait, par suite de l'abstentéisme aux assemblées, le jeu de la majorité du capital va se trouver faussé. Un individu ou un

(1) SONTAG, *Die Aktiengesellschaft im Kampfe zwischen Macht und Recht*. Berlin, 1918.

(2) WAHL, Les jetons de présence dans les assemblées générales (*Journ. Soc.*, 1928, 5).

groupe détenant 20 à 30 p. 100 du capital social va faire la loi dans la société ; la minorité organisée va dominer la masse flottante des actionnaires dispersés.

Prenant alors cet absentéisme comme un fait inévitable et acquis, on a cherché à neutraliser cette influence négative des absents (actions spéciales de vote), ou à substituer à l'actionnaire défaillant un organisme chargé de ses intérêts (*investment trust*).

I. Actions spéciales de vote. — A. Exposé du système. — Le capital de la Banque de Bruxelles était composé, jusqu'en juin 1928, de 800 000 actions de 500 francs chacune, soit au total la somme de 400 millions.

Le conseil d'administration proposa, et fit voter, lors de l'assemblée générale extraordinaire tenue le 29 juin 1928, la résolution suivante : le capital existant est augmenté de 40 millions par la création de 800 000 actions nominatives de 50 francs, dites actions spéciales de vote ou de contrôle ayant droit à un dividende de 5 p. 100 sur les bénéfices, et jouissant chacune d'une voix, comme les autres actions, aux assemblées.

Cette création n'avait pas pour but de procurer à la Banque de Bruxelles de nouvelles ressources, dont elle n'avait pas besoin. Elle cherchait à remédier à l'état de choses existant, et M. D..., président du conseil d'administration, exposa ainsi le système :

1^o Il faut tout s'abord poser *en principe* que la société appartient aux associés, aux actionnaires. C'est eux qui, votant à la majorité des voix, doivent faire la loi.

2^o Mais, en fait, le système est faussé par l'absentéisme : la majorité des actionnaires n'assiste pas aux assemblées. Il suffit donc d'un nombre d'actions relativement faible, détenu par un individu ou un groupe, pour imposer certaines décisions. D'où un triple danger :

a. Mainmise de l'étranger sur une affaire d'intérêt national ;

b. Mainmise de concurrents cherchant à ruiner l'affaire ;

c. Plus simplement, mainmise d'un individu ou d'un groupe cherchant à s'assurer le pouvoir jusqu'au jour où une ma-

nœuvre identique les délogera : d'où une politique chaotique éminemment préjudiciable à l'intérêt de la société.

C'est pour parer à ces circonstances de fait, tout en respectant le premier principe posé, qu'ont été créées les actions spéciales de vote. Elles reposent sur une double considération :

1^o Les actionnaires qui n'assistent pas aux assemblées manifestent par là même leur approbation du *statu quo* : ils font confiance au conseil d'administration en fonction. Il est juste que cette approbation tacite soit exprimée aux assemblées générales : on va donc charger un organisme particulier de représenter ces actionnaires absents ; cet organisme sera composé des banques affiliées à la Banque de Bruxelles : ce sont elles qui vont souscrire les 800 000 actions de contrôle, et qui viendront voter avec ces actions aux assemblées générales ;

2^o Mais alors, va-t-on objecter, on lèse les actionnaires qui se rendront aux assemblées : chacun jouissait jusqu'ici, pour chacune des actions, d'un 800 000^e d'influence dans la conduite de la société ; par la création de 800 000 actions nouvelles dites de contrôle et détenues par les banques filiales, cet actionnaire ne jouira plus que d'un 1 600 000^e d'influence ?

C'est justement ici que va apparaître le caractère équitable de la résolution : chaque associé aura le droit d'exiger des banques filiales une action spéciale de vote pour chaque action originaire dont il sera détenteur. Il lui suffira de déposer ses titres dans les caisses de la Banque de Bruxelles, dans un délai de cinq jours, nécessaire pour opérer le transfert des actions spéciales de vote, titres nominatifs, à son nom ; ces actions lui seront remises contre versement de leur montant nominal, ou, plus exactement, du montant dont elles se trouvent alors libérées.

A supposer que tous les actionnaires de la Banque de Bruxelles réclament leurs actions spéciales de vote, ils disposeraient ainsi aux assemblées de 1 600 000 voix (800 000 actions ordinaires, plus 800 000 actions spéciales) ; les banques filiales n'auraient plus aucune voix, puisqu'elles ne détiendraient plus une seule action spéciale de vote.

En fait, un certain nombre d'actionnaires, se souciant peu d'assister et de voter aux assemblées, ne retireront pas les actions spéciales de vote auxquelles ils ont droit : les banques filiales en bénéficieront : on met ainsi le conseil d'administration à l'abri d'une manœuvre d'un groupe qui, sans détenir la majorité du capital, voudrait le chasser ; on respecte en même temps les droits acquis des actionnaires.

B. *Critique.* — Reprenons les deux considérations d'ordre théorique sur lesquelles est basé le système :

1° « Les actionnaires qui n'assistent pas aux assemblées approuvent par là même le *statu quo*. » N'y a-t-il pas là une interprétation quelque peu divinatoire de leur volonté ? L'absentéisme prend sa source dans l'ignorance, l'indifférence des actionnaires, ou dans l'impossibilité matérielle où ils se trouvent d'assister à l'assemblée. Comme le faisait spirituellement remarquer au conseil un actionnaire, lors de l'assemblée générale extraordinaire :

« Tous les actionnaires, même les morts, les absents, les aliénés, les mineurs, ceux qui ont perdu leur titre, vous les adoptez sans hésiter comme électeurs et comme partisans. »

Alors même, et c'est notre opinion, qu'il y aurait une idée juste dans cette représentation des absents, pourquoi avoir adopté cette solution bâtarde qui consiste à confier les actions spéciales de vote aux filiales de la Banque de Bruxelles ? Poussant ses idées dans leurs conséquences logiques, c'est à lui-même que le conseil devait attribuer ces actions, puisque c'est sa politique que les absents approuvent.

2° « Le système respecte le droit acquis de chaque actionnaire, puisqu'il lui permet de réclamer une action spéciale de vote par action qu'il détient... »

Cette idée est juste dans son principe, mais des considérations de fait, des empêchements d'ordre matériel vont entraver son droit :

a. Nécessité d'immobiliser des titres par le dépôt dans les caisses de la Banque de Bruxelles ;

b. Crainte du fisc, éventualité d'une succession ;

c. Paiements des droits de transfert pour obtenir la mutation à son profit de l'action spéciale de vote.

Bien qu'il prétende l'éviter, on peut reprocher au système d'aboutir à celui des actions à vote plural : les filiales de la Banque de Bruxelles auront droit à une voix pour une action de 50 francs ; bien mieux, l'action n'étant libérée que du cinquième, elles disposeront d'une voix pour 10 francs.

L'actionnaire a payé, lui, le droit d'avoir une voix aux assemblées plus de 3 000 francs en Bourse. Vous lui offrez une action spéciale pour 10 francs : il aura droit à deux voix pour une somme globale de 3 010 francs. Chaque voix lui coûtera 1 505 francs, au lieu de 10 francs pour les banques filiales. C'est un mode de création d'actions à vote plural. En réalité, à côté du groupe « A » des anciens actionnaires, on crée un groupe « B » d'actionnaires à vote plural, avec cette particularité que ce second groupe est à contenu variable, le nombre d'actions, et partant de voix, dont il dispose variant selon que plus ou moins d'actionnaires du groupe « A » réclament leurs actions spéciales de vote pour aller assister aux assemblées.

3^o On peut porter une troisième critique au système : les inconvénients naissant du fait que les banques filiales vont détenir ainsi une influence prépondérante dans la conduite de la société :

a. Elles réclameront des avantages, marchanderont leur influence ;

b. Leur intérêt est directement opposé à celui des actionnaires qu'elles représentent : ayant droit pour leurs actions de contrôle à un dividende fixe de 5 p. 100, elles pousseront chaque année à la constitution de réserves, plutôt que de voir attribuer un superdividende aux actions ordinaires ;

c. Rien ne garantit les actionnaires contre la cession des actions spéciales à des groupements étrangers à la société ; tout un système de tractations douteuses pourrait s'échafauder sur cette combinaison.

Malgré les objections d'ordre théorique et pratique qu'il soulève, ce système reste séduisant, car il constitue une tentative intéressante, cherchant à assurer une direction stable à l'entreprise sociale, tout en respectant les droits des actionnaires. Au lieu de la solution facile des actions à vote plural, consacrant définitivement un certain *intuitus personæ* dans le

contrôle de la société, ce système cherche à rétablir, par les actions spéciales de vote, le jeu normal de l'*intuitus pecuniæ* en remédiant directement à l'absentéisme.

D'ailleurs, en creusant ce système, on s'aperçoit qu'il apporte au problème de l'absentéisme une solution mathématique très simple :

a. Reprenons tout d'abord l'idée du conseil de la représentation des absents, supposés approuver le *statu quo* et la politique du conseil ; poussons-la dans ses conséquences logiques : on va donner au conseil une voix par action du capital absente à l'assemblée ;

b. Mais alors se pose le second aspect du problème : les droits des actionnaires présents : pour ne pas diminuer arbitrairement l'influence que justifie leur assiduité, on va leur attribuer une voix supplémentaire par action de capital présente (1) à l'assemblée. On arrive à des résultats identiques à ceux donnés par la combinaison compliquée des actions de contrôle. Reprenons les chiffres de la Banque de Bruxelles : le capital social est composé de huit actions (au lieu de 800 000, pour simplifier), ayant chacune droit à une voix ; appliquons les principes que nous venons de poser :

Si aucun actionnaire n'assiste à l'assemblée, les actions présentes auront droit à 0 voix et le conseil à 8 voix ; si une action est présente à l'assemblée, elle aura droit à deux voix (1 + 1) et le conseil à 7 (8 — 1) ; si deux actions sont présentes, elles auront droit à 4 voix et le conseil à 6 (8 — 2), etc.

On obtient en définitive le tableau suivant :

Actions présentes.	Nombre de voix à leurs porteurs.	Voix du conseil.
0	0	8
1	2	7
2	4	6
3	6	5
4	8	4
5	10	3
6	12	2
7	14	1
8	16	0

(1) Nous sommes obligé, pour la clarté de l'exposition, de parler, non d'actionnaires, mais d'« actions présentes » à l'assemblée.

C'est exactement à ce résultat que l'on arrive avec le système des actions spéciales de vote, avec cette différence que, par suite d'une fiction, ce sont les filiales de la Banque de Bruxelles, et non son conseil, qui détiennent les voix correspondant aux actions absentes, ce qui, pratiquement, revient au même. Distinguons deux catégories dans les actionnaires de la Banque de Bruxelles :

a. Ceux qui se désintéressent des affaires sociales : ils n'assistent pas et ne se font pas représenter aux assemblées ; *a fortiori* ne se soucient-ils pas de retirer leurs actions spéciales de vote afin d'obtenir un nombre double de voix.

b. Les actionnaires s'intéressent à la bonne marche de la société et assistent aux assemblées en personne ou par mandataire ; ces actionnaires, soucieux de ne pas perdre de leur influence, vont retirer les actions auxquelles ils ont droit pour doubler leur nombre de voix.

Reprenons le chiffre de 8 actions composant le capital social de la Banque de Bruxelles. Si aucun actionnaire ne vient à l'assemblée, les filiales auront 8 voix que leur donnent les 8 actions spéciales de vote qu'aucun actionnaire n'est venu retirer. Si un actionnaire vient à l'assemblée, il aura 2 voix (une voix pour son action ancienne et une voix pour l'action spéciale qu'il a retirée), alors que les banques filiales n'auront plus que 7 voix ; si deux actions viennent à l'assemblée, elles auront droit à 4 voix, et les banques filiales n'en auront plus que 6, etc. On obtient un tableau absolument identique à celui déjà dressé.

Et alors on obtient par une simple combinaison de chiffres un principe d'équilibre intéressant. Nous constatons que, lorsque le groupe « B » (voix allant au conseil d'administration) perd une voix, le groupe « A » (voix allant aux actionnaires présents) en gagne deux. A quel moment « A » et « B » vont-ils s'équilibrer ?

Exactement lorsqu'un tiers des actions seront présentes à l'assemblée ; le capital est composé de 9 actions, par exemple : si 3 actions sont présentes à l'assemblée, elles ont droit, d'après notre système, à 6 voix ; le conseil, lui, en tant que représentant les 6 actions absentes, aura également droit à 6 voix. Avec ce

système d'équilibre basé sur le tiers, on obtient les résultats suivants :

a. Le conseil n'est plus à la merci d'un coup de surprise d'une minorité qui, par suite de l'absentéisme aux assemblées, pourrait, avec un capital restreint, chasser ce conseil et modifier la politique de la société, contrairement à l'intention probable de la majorité des actionnaires. D'où la stabilité nécessaire à la direction de l'entreprise ;

b. D'un autre côté, on ne consacre pas définitivement l'omnipotence du conseil, comme le font les actions à vote plural. Il suffira d'un tiers d'actions présentes à l'assemblée pour imposer sa volonté et faire prévaloir les revendications des actionnaires.

En réalité, avec l'absentéisme on se trouve en présence d'une force passive, en puissance : le corps des absents. Les deux autres pouvoirs en présence, les actionnaires présents aux assemblées d'une part, le conseil de l'autre, vont chercher à en tirer parti : les premiers en cherchant à s'assurer la prépondérance dans la société avec un capital restreint, mais donnant en fait la majorité le jour de l'assemblée ; le second, par une manœuvre identique, en consolidant sa position par la possession d'un chiffre d'actions suffisant pour dominer les actionnaires assistant aux assemblées. Le système des actions à vote plural tranche le conflit de façon brutale et définitive au profit du conseil. Le système que nous venons d'étudier fait entrer en ligne de compte cette force, par son inertie même, que représente l'ensemble des absents, et la neutralise. Il tend de plus, et c'est une des manifestations d'*intuitus personæ* des plus équitables, à opérer une sélection, une discrimination entre les actionnaires, selon qu'ils s'intéressent ou non à la marche de la société ; ceux qui, remplissant leurs fonctions d'associés, collaborent à la gestion de la société par l'assistance et le vote aux assemblées se voient conférer, par le doublement de leurs voix, une prééminence dans la gestion ; les absents, dont on interprète la volonté, ne jouissent que d'un droit réduit de moitié.

· II. **Investment trust.** — Le capitaliste moderne n'a pas le

temps de suivre les sociétés dont il fait partie ; cet absentéisme lui est parfois très préjudiciable. Pourquoi alors ne pas confier ses intérêts à une société chargée de gérer sa fortune ? C'est là le but de l'*investment trust* pratiqué depuis longtemps dans les pays anglo-saxons et récemment introduit en France. Un exemple assez caractéristique est fourni par la société anonyme « Union Trust ».

D'après son article 3 :

« La société, dont le but consiste à investir son capital social dans des valeurs cotées de façon à atteindre la sécurité de l'ensemble par la *division du risque*, a pour objet toutes opérations d'achat et de vente d'État, de valeurs mobilières et titres de toutes espèces, français et étrangers, et, d'une manière générale, toutes opérations de bourse et de finance se rattachant directement ou indirectement à cet objet.

Toutefois, ces opérations comportent les restrictions suivantes :

1^o Le capital de la société sera investi seulement en valeurs cotées ;

2^o Le capital social ne pourra être investi dans une même entreprise que jusqu'à concurrence d'un maximum de 4 p. 100 du montant du capital nominal de l'« Union Trust ».

[Suivent diverses autres limitations interdisant à la société d'acquérir, pour plus de 5 ou 10 p. 100 de son capital, des valeurs de même nature (assurances ou électricité par exemple).]

Enfin, l'alinéa 6 stipule :

« La société ne participera pas à la direction effective des entreprises et affaires ; elle pourra faire partie de conseils d'administration ou de comités de surveillance, ou s'y faire représenter.

« Elle s'interdit toute majorité d'entreprises. »

C'est donc là un type de société bien différent de l'*omnium* ou *holding* ; si l'on examine le portefeuille de la société au 30 juin 1928, on est frappé par sa répartition en un très grand nombre de valeurs, par paquets de 50, 100 ou 1 000 actions.

Une autre société du même genre, « Sofinest », a été créée par Lucien Bailly. Le fondateur souligne l'esprit qui a présidé

à la création de la société en la comparant à une « coopérative de placement ».

Il est certain que la société, ayant en portefeuille les titres d'un certain nombre d'autres sociétés, surveillera leur gestion et assistera aux assemblées générales. Elle sera infiniment mieux placée que l'actionnaire isolé pour défendre ses droits et obtenir en particulier la valorisation de son titre.

Si un jour les actions de sociétés figuraient en majeure partie dans les portefeuilles d'*investment trusts* assistant à leurs assemblées et s'intéressant à leur prospérité, il y aurait là le meilleur des remèdes au phénomène de l'absentéisme (1).

(1) Pour favoriser le développement de l'*investment trust*, il faudrait exonérer de la taxe sur le revenu des capitaux mobiliers les dividendes versés par la société à ses actionnaires, puisqu'elle a déjà payé cet impôt en touchant les dividendes attribués par les sociétés dont elle possède les titres en portefeuille. L'exonération prévue par la loi portant fixation du budget général de 1920 (art. 27) ne s'applique en effet pas à l'hypothèse de l'*investment trust* (Cf. infra).

CHAPITRE II

DE LA REPRÉSENTATION AUX ASSEMBLÉES GÉNÉRALES ET DE LA CESSION DU DROIT DE VOTE. LES SYNDICATS D'ACTIONNAIRES

La pratique a découvert un remède à l'absentéisme aux assemblées générales ; on demande à celui que ses affaires ou la variété de son portefeuille empêchent d'assister aux assemblées, de remettre un mandat, un « pouvoir », à un tiers qui se chargera de le représenter.

La loi du 24 juillet 1867 prévoit elle-même cette faculté, puisque, d'après son article 27, « les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à *titre de mandataire*, pour être admis dans l'assemblée ».

Les règles concernant la représentation aux assemblées sont presque toujours prévues par les statuts ; cette question présente en effet un gros intérêt pour les sociétés, car c'est grâce à la pratique du pouvoir qu'elles obtiennent le quorum nécessaire lors des assemblées générales.

Il semble que cette représentation ne soulève pas pour nous de problème particulier : la présence du mandataire équivaut juridiquement à celle du mandant, et, dans l'examen des diverses manifestations de *l'intuitus personæ* dans la gestion de la société anonyme, il n'y aurait pas à distinguer si

l'actionnaire vote en personne à l'assemblée ou par mandataire. En réalité, il en va tout autrement, et la loi, ou les statuts, se sont vus obligés de considérer la personne du mandataire.

En effet, le mandat donné par l'actionnaire n'est pas impératif ; le mandataire assiste à l'assemblée générale, voit sa religion éclairée par les débats qui y prennent place, par les rapports du conseil d'administration et des commissaires, et les explications qui s'ensuivent. En suite de quoi, son opinion faite, il votera sur les questions qui lui sont soumises.

On peut bien, par une fiction juridique, assimiler la présence du mandataire à celle du mandant ; c'est psychologiquement inexact. Parmi les facteurs qui vont inciter le mandataire à voter dans tel ou tel sens, certains peuvent être strictement personnels ; il n'a pas la qualité abstraite, à l'état pur, de mandataire ; c'est un individu qui peut avoir des intérêts particuliers dans les débats et, bien que désigné uniquement dans l'intérêt du mandant, il votera dans un sens contraire aux intentions ou à l'intérêt de ce dernier. Ce caractère est parfois tellement accusé qu'il risque de fausser le mécanisme du mandat.

Supposons qu'il s'agisse d'une assemblée constitutive. D'après l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 :

« Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative... »

La jurisprudence refuse le droit de voter à l'apporteur qui serait en même temps souscripteur d'actions en numéraire. Allant plus loin, elle refuse à l'apporteur en nature de pouvoir voter comme mandataire d'actionnaires en numéraire. Les tribunaux rejettent donc la fiction du mandat, et déclarent que la qualité personnelle d'apporteur en nature leur interdit de devenir mandataires.

Dans une pareille hypothèse, les circonstances mêmes révèlent cette qualité particulière, cet intérêt personnel dans les débats, incompatible avec la fonction de mandataire : on peut interdire alors l'accès de l'assemblée ou le droit de voter. Mais bien souvent cette qualité particulière du manda-

taire, qui risque d'aboutir à la négation même du mandat, reste inconnue de la société et des autres actionnaires : il en est ainsi quand le mandataire se trouve être actionnaire d'une société concurrente ou d'un groupe hostile. Aussi trouve-t-on dans la plupart des statuts une clause traduisant cette préoccupation : on exige du mandataire la qualité d'actionnaire, parce qu'elle fait présumer chez lui un intérêt particulier dans la bonne marche de la société.

Cet *intuitus personæ* dans la désignation du mandataire se traduit de façon encore plus caractéristique dans certains statuts : quand il existe des actions « A » et « B », on prévoit souvent que les actionnaires ne peuvent se faire représenter que par un mandataire actionnaire de leur catégorie. Ainsi, l'article 23 des statuts de l'Agence Havas déclare que « les propriétaires d'actions « A » à vote plural ne pourront être représentés que par des propriétaires de la même catégorie d'actions ».

En effet, une discrimination a été faite entre les actionnaires ; certains d'entre eux, les actionnaires de la catégorie « A », se sont vu attribuer, en raison de qualités personnelles (en fait, ici, leurs attaches avec le conseil d'administration qui, lors de la création de ces actions « A » à vote plural, les a librement recrutés), une influence prépondérante dans la gestion de la société ; il a paru dangereux de permettre à un actionnaire de la catégorie « B », même à titre de mandataire, d'user de ce vote plural, alors qu'il ne présenterait pas les mêmes garanties que l'actionnaire mandant. De plus, les intérêts pécuniaires des deux catégories d'actions peuvent être opposés : les propriétaires d'actions « A », n'ayant pas droit par exemple au superdividende après le paiement d'un intérêt fixe, auront tout intérêt à pousser à la constitution de réserves, alors qu'au contraire les actionnaires de la catégorie « B » préféreront se partager de suite ce superdividende entre eux. Une pareille considération justifierait parfaitement que, dans toute société comportant, en dehors de l'hypothèse d'actions à vote plural, plusieurs catégories d'actions à droits différents, les statuts interdisent aux actionnaires de priorité de représenter les actionnaires ordinaires, et inversement.

Nous avons vu dans notre première partie que de nombreuses sociétés contrôlaient la nationalité de leurs membres ; on trouve parfois une préoccupation de même ordre dans les règles de représentation aux assemblées. Ainsi, l'article 33 de la Compagnie générale de T. S. F. stipule que « tout actionnaire de nationalité étrangère ne peut valablement confier ses pouvoirs de représentation qu'à un mandataire de nationalité française ».

Une pareille clause montre le caractère fictif du mandat : on n'exige pas ici du mandataire une qualité qui lui soit commune avec le mandant (actionnaire de la même catégorie, par exemple) faisant présumer que le mandataire représentera vraiment le mandant et votera comme aurait pu le faire ce dernier, ayant dans la société des intérêts identiques. Au lieu de chercher à assurer le mécanisme normal du mandat, on oppose ici le mandataire au mandant, en exigeant du premier une qualité différente de celle du second, et pouvant l'inciter à voter dans un sens favorable à la société peut-être, mais très certainement contraire à la volonté du mandant.

On s'éloigne très nettement, avec de pareilles clauses, du mandat proprement dit ; de façon bien plus générale, la pratique du pouvoir s'inspire du même esprit ; étant donnée la qualité très particulière des mandataires qui vont être chargés de représenter les actionnaires absents, qualité qui leur crée souvent un intérêt opposé à ceux de leurs mandants, les règles de la représentation aux assemblées vont déroger à l'*intuitus pecuniæ*, au jeu normal de la majorité des capitaux ; certaines personnes, en raison de leur situation particulière, vont, par le système des pouvoirs, s'arroger dans la société une influence qui sera sans rapport avec leur intérêt, avec les capitaux qu'elles ont engagés dans la société. C'est, avec le système des actions à vote plural, une des manifestations les plus caractéristiques de l'*intuitus personæ* dans la gestion de la société anonyme.

Lorsque arrive l'époque d'une assemblée générale, un problème se pose pour les dirigeants de la société : l'obtention du quorum légal nécessaire, en même temps que d'une majorité suffisante pour le conseil en fonction. Il s'agit, pour la per-

sonne ou le service chargé d'organiser l'assemblée générale, de réunir le plus grand nombre possible d'actionnaires ou de pouvoirs. Ce n'est pas toujours chose facile, surtout lorsqu'il faut, à l'occasion d'une assemblée générale extraordinaire, réunir ainsi les trois quarts du capital social. Les frais de réunion d'une assemblée générale extraordinaire coûtent couramment pour une société importante 3 à 4 millions, et la réunion d'une telle assemblée en 1926, par un grand établissement de crédit désireux d'émettre des actions à vote plural, ne serait pas revenue à moins d'une dizaine de millions.

Le problème est tout d'abord d'identifier les actionnaires. Pour les actions nominatives, c'est facile ; on leur envoie des convocations individuelles leur demandant d'assister à l'assemblée ou de retourner le pouvoir qu'on leur fait parvenir.

Pour les titres au porteur, c'est différent. Les statuts prévoient en général que leurs titulaires devront, pour pouvoir assister aux assemblées, déposer leurs actions dans les caisses de la société, ou de tel établissement désigné par le conseil, dans un délai de cinq à dix jours avant l'assemblée. Une carte d'admission leur est en échange délivrée. Pour pouvoir obtenir un grand nombre de pouvoirs, le conseil admet en général que seront reçus comme donnant droit à la carte d'admission à l'assemblée les récépissés de dépôts d'actions dans les caisses de la Banque de France, du Crédit Foncier de France, de la Compagnie des agents de change de Paris et des établissements de crédit, des agents de change, notaires et officiers ministériels.

Mais comment inciter les actionnaires au porteur que la publicité par insertion dans les journaux n'a pas atteints, ou qui restent indifférents, à effectuer ce dépôt ? Il existe bien une liste nominative des actionnaires ayant assisté à la dernière assemblée ; mais il est évident que les titres au porteur ont depuis changé plusieurs fois de titulaires. Pour découvrir ces titres, on profite d'indications diverses, de l'objet de la société ou de sa situation géographique. On ne manquera pas de s'adresser aux banques, surtout aux grandes banques de dépôt ayant des succursales dans toute la France, et parfois à

l'étranger. La société leur paiera une commission pour les pouvoirs que ces banques lui feront parvenir après les avoir fait signer par leurs clients actionnaires de la société.

Le conseil pourra se livrer librement à ce trafic, car il a en fait pleins pouvoirs pour organiser les assemblées (1).

Le pouvoir peut revêtir des formes différentes ; il pourra être verbal, avec toutes les difficultés de preuve que comporte un pareil mode. Il peut être établi par acte notarié, et soumis alors au droit d'enregistrement. Pratiquement, le pouvoir prendra simplement la forme d'un acte sous seing privé, établi sur papier timbré à 3 fr. 60. La société fait elle-même imprimer des pouvoirs qu'elle envoie aux actionnaires et aux banquiers dépositaires ; souvent même elle y joint une enveloppe timbrée pour le retour du pouvoir ; ce fait que la société assume tous les frais de papier timbré et d'envoi montre assez que cette initiative de sa part est conçue non point dans l'intérêt de l'actionnaire, mais de la société elle-même, ou, plus exactement, du conseil d'administration en fonction. Le pouvoir imprimé que reçoit l'actionnaire est ainsi conçu :

Je soussigné... demeurant à... propriétaire de... actions de la société..., donne pouvoir à M..., actionnaire lui-même de la société, de me représenter à l'assemblée générale convoquée le..., à..., à l'effet de délibérer sur l'ordre du jour suivant :

Prendre part à toutes délibérations et tous votes sur les questions portées à l'ordre du jour, signer toutes feuilles de présence et tous procès-verbaux, substituer dans les présents pouvoirs et faire le nécessaire.

A..., le...

Avant la signature, mettre les mots « Bon pour pouvoir ».

Enfin, il est souvent précisé que « le présent pouvoir conserve tous ses effets pour tout autre jour suivant auquel cette

(1) Une clause de style figurant dans les statuts prévoit en particulier que « les formes des pouvoirs et le délai pour les produire sont déterminés par le conseil d'administration ».

assemblée serait fixée par suite de remise pour insuffisance du nombre d'actions ou toute autre cause ».

Une notice accompagne l'envoi par le conseil d'administration ; elle est conçue en ces termes :

« Nous avons l'honneur de vous adresser ci-inclus un pouvoir relatif à l'assemblée générale devant se tenir à..., le..., en vertu des... actions que vous possédez. Nous vous prions, à défaut d'autres mandataires à votre convenance, de bien vouloir nous retourner ce pouvoir après l'avoir signé, *le nom du mandataire étant laissé en blanc*. Nous nous chargerons du soin de vous faire représenter. Une carte d'admission vous sera adressée sur votre demande, au cas où vous désireriez assister en personne à cette assemblée. »

On voit à quel point on facilite tout à l'actionnaire pour obtenir de lui ce pouvoir et lui épargner le souci de se rendre lui-même à l'assemblée !

La pratique se sert, en cas d'augmentation de capital, d'un procédé économique et commode, le bulletin de « souscription-pouvoir ».

Il tient sur une seule feuille de papier timbré à 3 fr. 60 et est ainsi rédigé :

BULLETIN DE SOUSCRIPTION.

Je soussigné (nom, prénoms, profession et domicile)... déclare faire la souscription suivante...

Je m'engage à effectuer le versement... etc...

POUVOIR.

En outre, en ma qualité de propriétaire de... actions anciennes et de... actions nouvelles, donne pouvoir à M... de me représenter à toutes assemblées générales extraordinaires des actionnaires de la société, qui seront convoquées en vue de vérifier la sincérité de l'augmentation de capital et d'apporter aux statuts les modifications qui en seront la conséquence.

Prendre part aux délibérations des dites assemblées, émettre tous votes sur les résolutions qui leur seront soumises, signer

toutes feuilles de présence et procès-verbaux, en un mot faire tout ce qui sera utile ou nécessaire.

A..., le...

(1)

Signature :

(1) Prière de faire précéder la signature des deux phrases suivantes écrites de la main du souscripteur :

Bon pour souscription à... actions.

Bon pour pouvoir.

En réalité, de pareils pouvoirs, qui parviennent avant chaque assemblée au conseil, soit directement, soit par l'intermédiaire des banques, constituent de véritables bons de vote. Ils laissent en effet le nom du mandataire en blanc ; le conseil les répartit entre ses membres, ses amis ou les employés de la société, pour échapper aux dispositions des statuts qui limitent assez souvent le nombre de voix dont pourra disposer chaque actionnaire à titre de propriétaire ou de mandataire. Le seul fait de cette qualité particulière de membre du conseil en exercice devrait leur interdire d'être mandataires des actionnaires ou, ce qui revient au même, de désigner ces mandataires.

L'employé de la société ou l'ami de l'administrateur auquel on a remis un certain nombre de pouvoirs se soucie peu de l'intérêt du mandant véritable ; il oublie même l'existence de ce dernier ; en fait, il représente le conseil. Tout le monde sait comment se passe une assemblée générale : le conseil et les commissaires font leur rapport ; quelques actionnaires ont parfois le mauvais goût de se livrer à des critiques ; le conseil, fort de son droit... et de sa majorité, les écoute avec une ironique bienveillance ; si ces critiques se font trop longues, il se trouve toujours quelques actionnaires partisans du conseil pour s'écrier : « Aux voix, aux voix ».

On passe au vote, et tous les opposants sont submergés sous la masse des pouvoirs détenus par le conseil.

On pourrait nous objecter qu'une jurisprudence bien assise permet aux membres du conseil d'administration de voter aux assemblées en tant qu'actionnaires, en vertu des actions

qu'ils détiennent, alors même qu'il s'agit d'approuver par un quitus leur propre gestion (1).

Pourquoi ne pourraient-ils pas voter comme mandataires?

L'argumentation ne semble pas péremptoire ; on peut admettre à la rigueur qu'un administrateur puisse approuver en tant qu'actionnaire sa propre gestion ; en effet, il a comme propriétaire de ces actions un intérêt dans la société ; son droit de vote est le corollaire de ses droits pécuniaires. Si, possesseur d'un gros paquet d'actions, il obtient par son vote un quitus favorable à sa gestion, mais contraire à l'intérêt de la société, il préjudicie d'autant à son intérêt comme actionnaire. Il y a là un principe d'équilibre qui fait entièrement défaut quand il vote comme mandataire. Il est bien évident que l'administrateur, ou son homme de paille, n'aura en vue que son propre intérêt et votera délibérément son quitus, alors même que les débats de l'assemblée révéleraient des faits que l'actionnaire mandant ignorait. Le mécanisme du mandat se trouve entièrement faussé.

En réalité, avec cette pratique du pouvoir en blanc, on se trouve en présence d'une cession gratuite du droit de vote ; seuls les intermédiaires tirent de l'opération un certain profit. Pourquoi ne pas permettre à l'actionnaire isolé de retirer un bénéfice, par une cession à titre onéreux, d'un des attributs de son droit ? Aussi bien, les deux questions du mandat et de la cession du droit de vote sont-elles liées, car c'est souvent sous le couvert d'un mandat général et irrévocable qu'on a essayé de valider cette dernière opération.

Cette cession du droit de vote, pratique devenue courante dans les pays anglo-saxons, constitue une des manifestations les plus modernes de l'*intuitus personæ* dans la gestion de la société anonyme. Elle permet à quelques individus, avec un capital minime, de s'assurer le contrôle d'une société ; il en résulte une atteinte directe à l'*intuitus pecuniæ*.

La doctrine s'est montrée nettement hostile à la cessibilité du droit de vote (2). Étant donné le manque de dispositions

(1) Cf. infra, chap. III.

(2) Cf. CORDONNIER, L'actionnaire peut-il céder son droit de vote? (*Journ. Soc.*,

légales expresses, les auteurs se sont placés sur le terrain des principes d'une part, et ont cherché d'autre part à extraire de certains textes des solutions implicites :

Sur le terrain des principes, on a fait appel à deux séries d'arguments :

A. Du point de vue de l'actionnaire qui cède son droit, tout d'abord, on a fait remarquer qu'une pareille opération se heurtait au principe de l'indivisibilité des droits attachés à l'action. En effet, l'action confère à son titulaire deux séries de droits :

a. Les droits pécuniaires, perception des bénéfices, partage des réserves, remboursement du capital social ;

b. Les droits d'administration, c'est-à-dire l'accès aux assemblées générales, le droit de vote, et l'éligibilité aux fonctions d'administrateur.

« En se plaçant sur le seul terrain du bon sens, on découvre sans difficulté que le droit d'administration, qui permet non seulement à l'actionnaire de contrôler les actes du conseil d'administration et les comptes sociaux, mais encore de jouer un rôle positif dans le fonctionnement de la société par la participation aux décisions des assemblées générales ordinaires ou extraordinaires, constitue le droit complémentaire, le corollaire du droit pécuniaire dont il forme en quelque sorte le prolongement. Les deux droits sont inséparables. » (CORDONNIER, *op. cit.*)

Cette indivisibilité découle logiquement de l'*intuitus pecuniæ*, car « dans les sociétés de capitaux où l'élément personnel est relégué au second plan, le droit de vote a pour fondement juridique l'existence d'un apport ayant contribué à former le capital social et qui doit être défendu ».

B. Du point de vue de la société.

L'assemblée générale des actionnaires constitue le pouvoir suprême de la société ; c'est du « libre jeu de la majorité » à la suite des délibérations que se dégagera la volonté souveraine du corps social. Renoncer par avance pour l'actionnaire à

1927, p. 5) et la notice bibliographique qui figure au début de son étude. Un seul auteur (MICHEL, *Rec. jurid. soc.*, 1926, p. 80) s'est prononcé en faveur de la cessibilité.

exprimer son opinion par un vote libre et personnel, c'est fausser le jeu de cette majorité. Les décisions des tribunaux s'inspirent très nettement de ce principe ; l'engagement pris par un actionnaire, préalablement à l'assemblée générale, de voter dans tel sens, engagement que les tribunaux assimilent à une cession du droit de vote, « est illicite comme contraire à la liberté et à la personnalité du vote ; le considérer comme valable serait détruire le jeu normal de discussion dont l'assemblée a précisément pour mission de révéler le sens dominant » (1).

Des arguments de texte ont également été invoqués à l'appui de leur thèse par les adversaires de la cessibilité du droit de vote.

Tout d'abord, si le cessionnaire de ce droit n'est pas lui-même actionnaire, une série de textes semblent s'opposer, tout au moins par leur esprit, à son accès et son vote aux assemblées : les différentes dispositions de la loi du 24 juillet 1867 prévoyant la nécessité d'un quorum déterminé, d'une fraction du capital, démontrent le souci du législateur de n'admettre à l'assemblée que les propriétaires de ce capital ; de même, l'article 27, al. 1, prévoyant la détermination par les statuts du nombre d'actions à posséder, « soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire », peut être admis dans l'assemblée.

Enfin l'article 31 nouveau, prévoyant qu'à l'assemblée générale extraordinaire, « tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation ».

En réalité, il importe assez peu de distinguer selon que le cessionnaire est ou non déjà actionnaire. En pratique, pour qu'une pareille cession du droit de vote ait un intérêt quelconque, il faut qu'elle porte sur un chiffre assez considérable d'actions ; il suffira au cessionnaire, qui aura toujours déjà en fait un intérêt dans la société, de posséder quelques actions à titre de propriétaire pour qu'on ne puisse s'opposer à son accès aux assemblées.

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 8 mars 1928.

D'ailleurs, si l'on arrive à démontrer le caractère illicite de la cession du droit de vote à un actionnaire, il en sera de même, *a fortiori*, si le cessionnaire est un étranger.

Le principal argument de texte mis en avant pour combattre la cession à un actionnaire est l'article 27 déjà cité de la loi du 24 juillet 1867 : « Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, *soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire*, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur ». On ne saurait entendre par « propriétaire » d'actions le cessionnaire du droit de vote; ce n'est pas non plus un mandataire, puisqu'il n'exerce pas son droit de vote dans l'intérêt du mandant, mais en son nom personnel.

Quelle est la valeur respective de ces divers arguments?

Il ne semble pas que les textes invoqués fournissent une base suffisante. Le législateur ne pensait certainement pas à la cession du droit de vote lors de la rédaction de l'article 27. L'interprétation rigoureuse du mot « propriétaire » est difficilement justifiable; elle aboutirait à interdire l'accès de l'assemblée à l'usufruitier, solution qui n'est pas admise. De plus, les droits attachés à la qualité d'actionnaire sont assez complexes; ils ont plutôt un caractère personnel. Si l'on dissocie ces droits pour attribuer à un individu les droits d'administration, parfaitement susceptibles d'une évaluation pécuniaire, peut-on dire que le cédant ait seul droit au titre de « propriétaire »?

De pareils textes servent à éclairer l'esprit du système de 1867 et les principes qui sont à sa base; ils ne sauraient suffire à eux seuls pour motiver une décision; c'est donc sur le terrain de ces principes qu'il faut s'attaquer à la cessibilité du droit de vote.

Ne pourrait-on, tout d'abord, en se plaçant sur le terrain conventionnel, démontrer qu'une pareille cession constitue une violation du contrat qui unit, implicitement tout au moins, les actionnaires d'une société anonyme?

Nous avons vu en effet, dans notre introduction, que la loi du 24 juillet 1867 ne soustrait pas complètement à la vo-

lonté des actionnaires les règles de gestion de la société anonyme. En particulier, l'article 27 laisse la faculté aux statuts d'organiser à leur gré les conditions du vote aux assemblées générales ordinaires.

Or, l'incessibilité du droit de vote semble la conséquence logique de l'*affectio societatis* qui unit les actionnaires sur la base de l'*intuitus pecuniæ*.

Dans une société de personnes, les associés s'unissent en raison de leurs qualités respectives. Dans la gestion de la société, les décisions seront prises par l'unanimité ou la majorité, si les statuts le prévoient, des associés ; dans tous les cas, on ne concevrait pas que l'un des associés pût céder à un tiers son droit de prendre part aux délibérations et de voter.

Dans une société de capitaux, on arrive à une solution identique. Bien que formée entre capitalistes, la société anonyme n'en suppose pas moins un *affectio societatis* ; ce qui constitue un lien entre les actionnaires, c'est le fait d'avoir mis en commun, non leurs qualités et leur activité personnelles, mais des apports, dont la réunion forme le capital social et dont ils entendent retirer un profit commun. C'est sur cette base qu'est organisée, selon l'intention des parties, leur collaboration. La garantie des actionnaires ne résulte pas ici des qualités personnelles de chacun d'eux, mais du fait qu'ayant tous risqué un capital dans l'affaire, ils se sont embarqués sur le même navire. C'est ce qui justifie le droit à la gestion, matérialisé par le vote, sur la base de l'*intuitus pecuniæ* : chacun a droit à une influence d'autant plus grande qu'il court un risque plus grand ; cette proportionnalité constitue la meilleure garantie des autres associés.

L'intention des parties permet alors d'interdire la cessibilité du droit de vote. Le cessionnaire, alors même qu'il serait déjà actionnaire, acquiert une influence disproportionnée au risque qu'il court ; la seule garantie des autres associés dans la loyauté de sa collaboration disparaît.

Cette même considération laissera intact, au contraire, l'institution du vote plural : les actionnaires confèrent bien à certains d'entre eux une influence dans la gestion sans relation avec leur apport. Mais la garantie des actionnaires réside

ici dans les qualités particulières de l'actionnaire à vote plural, et surtout cet *intuitus personæ* résulte de la volonté de tous : cela lui confère, au point de vue social, une base juridique suffisante.

Au contraire, la cession du droit de vote sera inopposable à la société, car elle constitue une violation directe de l'intention des contractants, des actionnaires, lorsqu'ils ont conclu entre eux le pacte social sur la base de l'*intuitus pecuniæ*.

Mais le problème de la cessibilité du droit de vote n'est pas pour autant résolu : si l'on base la nullité de la cession sur la violation de l'intention des parties, on déclare par là même valable la cession du droit de vote au cas où elle serait expressément prévue par les statuts ; et surtout, le législateur réglant impérativement le vote aux assemblées générales constitutives (art. 27) et extraordinaires (art. 31), il est impossible de résoudre dans ces hypothèses le problème de la cession du droit de vote sur la seule base de l'intention des parties. Il faut alors trouver dans la loi du 24 juillet 1867 des dispositions d'ordre public permettant d'annuler la cession du droit de vote.

On a invoqué, nous l'avons vu, le principe de l'indivisibilité des droits attachés à l'action à l'égard de l'actionnaire cédant. Poser ainsi la question sur la base de l'indivisibilité naturelle de l'action, n'est-ce pas s'engager dans une impasse ? Comme le souligne Michel, « on ne voit pas d'impossibilité à ce que l'action soit scindée en deux certificats, l'un ex-droit de vote, l'autre ex-droit au dividende et au remboursement du capital, comportant chacun une immatriculation identique, et créant par leur réunion l'« action » considérée dans tous ses attributs ; chacun de ces éléments est susceptible d'une appréciation pécuniaire ; chacun peut être, matériellement même, disjoint ; on peut donc parfaitement concevoir leur séparation ».

Le titulaire d'un droit peut en disposer librement, le dissocier à son gré ; comment, en invoquant comme un véritable postulat l'indivisibilité naturelle de l'action, faire ainsi échec à la libre convention des parties ?

Les actions à vote plural, d'ailleurs, ont montré le caractère

factice de cette notion d'indivisibilité. Une action « B » ordinaire, par exemple, donne droit à une voix, alors que le propriétaire d'une action « A » dispose de dix voix. Pourtant le montant nominal des deux actions est le même, ainsi que leurs droits pécuniaires : le droit d'administration est-il le « corollaire » des droits pécuniaires ? Que devient la règle de la proportion mathématique entre le droit de vote et l'intérêt dans la société ?

Bien mieux : il arrive souvent que l'action à vote plural jouit de droits pécuniaires inférieurs à ceux de l'action ordinaire (elle n'a pas droit, par exemple, au superdividende, ou seulement dans une proportion moindre) : comment parler d'indivisibilité ?

Il y a véritable dissociation du droit pécuniaire et du droit d'administration ; on compense la diminution du second par une augmentation du premier ; bien loin de se suivre, ils sont inversement proportionnels.

Faut-il admettre alors la cessibilité du droit de vote ?

L'esprit de la loi de 1867 semble bien s'y opposer. La jurisprudence et la doctrine admettent de plus en plus le caractère social, fonctionnel du droit de vote. Il n'est pas accordé à l'actionnaire, tant dans son intérêt personnel que pour assurer le bon fonctionnement de la société. Cette fonction, qui lui est conférée en sa qualité d'actionnaire, parce que sa mise constitue une garantie, n'est pas un droit subjectif dont il peut disposer.

La cession du droit de vote fausserait complètement le mécanisme de l'assemblée générale tel que l'a conçu le législateur de 1867. C'est du « libre jeu de la majorité » que doit se dégager la volonté du corps social. L'étude de la jurisprudence nous permettra d'approfondir ce point.

Même si l'on se place au point de vue de l'actionnaire, on peut invoquer le souci très net du législateur de protéger cet actionnaire contre lui-même. Il existe, en effet, un argument d'analogie d'un certain poids : c'est le caractère révocable des administrateurs. D'après l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 :

« Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plu-

sieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. »

La jurisprudence et la doctrine considèrent cette révocabilité comme étant une règle d'ordre public. La volonté unanime des contractants s'exprimant dans les statuts ne pourrait donc conférer aux administrateurs un mandat irrévocable. Pourquoi cet échec à la volonté des parties? Pour protéger l'actionnaire contre lui-même en l'empêchant de renoncer à son droit de contrôle. Reconnaître les administrateurs irrévocables, n'est-ce pas, pour l'actionnaire, renoncer à son droit de vote sur le point particulier de la nomination et de la révocation des administrateurs? Comment concilier l'esprit de l'article 22 avec la possibilité pour l'actionnaire de renoncer à tout contrôle, par la cession totale de son droit de vote? C'est bien là, d'ailleurs, le souci des décisions judiciaires qui annulent toute convention qui empêcherait l'actionnaire de venir à l'assemblée, libre de tout engagement, exprimer un vote « libre et personnel ».

Quelles solutions la jurisprudence apporte-t-elle à ce problème de la cession du droit de vote?

La question s'est posée dans la pratique de façon un peu indirecte : les tribunaux ont eu à connaître non point de cession absolue du droit de vote, provoquant une véritable dissociation de l'action, mais d'engagements pris par des actionnaires, assistant en personne à l'assemblée, de voter dans un certain sens. Les tribunaux n'en ont pas moins dégagé, à propos de ces hypothèses, des solutions de principe très nettes en matière de cession du droit de vote.

Ainsi, dans l'affaire de la Compagnie lyonnaise d'exploration et de banque (tribunal de commerce de Lyon, 20 octobre 1902 ; *Journal des Sociétés*, 1903, 67), on demandait la nullité des délibérations d'une assemblée générale extraordinaire, du fait que le conseil avait adressé à un certain nombre d'actionnaires une circulaire sollicitant leur adhésion à la réduction du capital et l'engagement de ne pas vendre leurs titres avant la réunion. Le tribunal a écarté le motif de nullité :

« Attendu qu'il est en effet interdit à des actionnaires d'aliéner leur liberté au profit d'un groupe en s'engageant pour un

temps déterminé à voter sur toutes les questions qui seront soumises aux assemblées, dans le sens qui aura été arrêté par la majorité au sein de ce groupe ; que le vote de chaque actionnaire doit être personnel ;

« Mais attendu que la manœuvre reprochée au conseil d'administration ne constitue aucunement une violation de cette règle ; que l'engagement qui était proposé aux actionnaires de la Compagnie lyonnaise d'exploration et de banque ne portait que sur une question déterminée et ne peut être considéré comme la promesse aveugle de voter avec une majorité sur toutes les questions qui pourraient être proposées ; que, d'ailleurs, la circulaire constituait en quelque sorte une sorte de referendum aux actionnaires pour s'assurer qu'ils étaient disposés à accepter la réduction du capital, une consultation plutôt qu'un engagement... »

On peut rapprocher de cette décision un jugement du tribunal de la Seine (9 décembre 1920 ; *Journal des Sociétés*, 1924, 516). En effet, quoique rendu dans une affaire un peu différente, il s'inspire des mêmes principes, et nous pourrions commenter en même temps ces deux décisions pour en dégager les directives essentielles.

Dans cette affaire, l'assemblée générale des actionnaires n'ayant pu délibérer valablement par suite d'une erreur dans la convocation, le président avait invité les actionnaires présents à passer dans un autre local pour y délibérer ; les actionnaires ayant adopté la mesure proposée, le président leur fit signer l'engagement de ratifier ce vote irrégulier lors de la prochaine assemblée.

Le tribunal ne vit dans ces agissements rien d'irrégulier :

« Attendu qu'aucun texte ne défend à des actionnaires de se réunir, de s'entretenir des affaires sociales, de se consulter pour décider dans quel sens il conviendra de voter, qu'il est parfaitement licite de la part d'un actionnaire ou d'un groupe d'actionnaires de prendre l'engagement de voter dans tel ou tel sens sur une question déterminée ; que ce qui est interdit, c'est la constitution d'un groupe se fixant comme règle intérieure de voter en masse suivant la décision arrêtée antérieu-

rement par la majorité dudit groupe; attendu que ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce; que chaque actionnaire, dans la consultation officieuse du 20 mai 1920, a donné son avis dans le sens qui lui convenait et de même dans l'assemblée générale extraordinaire du 26 juin 1920, convoquée régulièrement celle-là, voté comme bon lui semblait; qu'après avoir lu le procès-verbal de cette assemblée, on est convaincu que les actionnaires ont discuté librement les propositions qui leur étaient soumises; qu'ils ont été éclairés et ont exprimé leur opinion en pleine connaissance de cause. »

Des attendus de ces deux jugements se dégagent assez nettement trois solutions :

1^o La nullité de tout syndicat d'actionnaires s'engageant à voter aux assemblées générales dans le sens décidé par la majorité du groupe. Les tribunaux montrent une hostilité marquée à l'encontre de ces coalitions à l'intérieur de la société qui, superposant une majorité à une autre, fausse le mécanisme de l'assemblée générale.

2^o Il est parfaitement licite, au contraire, pour un ou plusieurs actionnaires, « de prendre l'engagement de voter dans tel ou tel sens sur une question déterminée ».

3^o Les juges soulignent que, d'ailleurs, dans les espèces qui leur ont été soumises, il ne s'est agi en réalité que d'une simple consultation des actionnaires par le conseil, dans un cas par voie de circulaire, dans l'autre au cours d'une réunion officieuse; il n'y a pas eu engagement véritable de la part de ces actionnaires, puisque, aux assemblées qui ont suivi, ils ont, en fait, voté comme bon leur semblait.

1^o En ce qui concerne l'affirmation de principe sur la nullité des syndicats d'actionnaires, il n'y a là rien que de très normal; c'est en effet une véritable cession du droit de vote au profit de la majorité du groupe; elle se heurte, par suite, à la règle générale de l'incessibilité du droit de vote dans notre législation.

2^o Au contraire, l'affirmation par les juges de la licéité d'un engagement précis pris par un ou plusieurs actionnaires de voter dans tel sens sur une question déterminée nous semble assez peu rationnelle. Cordonnier, dans sa note sous le juge-

ment du tribunal de commerce de la Seine, la commente en ces termes :

« L'engagement de voter dans un sens déterminé est licite s'il est limité à une ou plusieurs questions précises. Car, en pareil cas, on ne peut dire qu'il y ait de la part de l'actionnaire une abdication de sa volonté ; en réalité, son vote demeure libre, il ne fait que s'exprimer par anticipation en connaissance de cause. Mais encore faut-il, pour qu'il ne soit pas porté une atteinte illégitime à la liberté du vote, que l'engagement pris en de pareilles conditions soit limité dans le temps. »

Que signifie cette validité de la cession du droit de vote, pourvu qu'elle soit limitée dans le temps et dans l'espace ? Il ne saurait être question ici de demi-mesure : ou l'actionnaire peut s'engager, ou il ne le peut pas. Si l'on admet qu'il s'engage valablement, il ne pourra, le jour de l'assemblée, alors même que, par suite du jeu de la discussion ou de toute autre considération, il aurait changé d'opinion, se rétracter et voter dans un autre sens ; sinon il violerait son obligation, et son co-contractant pourrait lui en demander raison : son vote ne sera ni « personnel » ni « libre ». Peu importe qu'il s'agisse d'une mesure précise ; elle peut être capitale. C'est pourquoi il faut, pour l'actionnaire et la société, condamner tout engagement que prendrait l'actionnaire avant l'assemblée.

3^o En réalité, si les engagements pris par les actionnaires dans les deux espèces examinées n'ont pas paru de nature à faire annuler les délibérations de l'assemblée générale, c'est qu'ils ne constituaient pas de véritables engagements, au sens juridique du mot ; ils étaient dépourvus de toute sanction. Il y a eu simple consultation des actionnaires, ces derniers ayant ensuite voté comme bon leur semblait à l'assemblée générale : cette considération devait suffire pour écarter la nullité demandée.

Récemment, un jugement du tribunal de commerce de la Seine (8 mars 1928) s'est prononcé de façon plus directe sur la question de la cessibilité du droit de vote.

La convention litigieuse dont on demandait au tribunal de prononcer la nullité était ainsi conçue :

« Moyennant remise à eux faite en toute propriété de

8 000 actions de la Société des moteurs Gnome et Rhône, Marchal et C^{ie} s'engagent, au nom de leur groupe, détenteur d'au moins 40 000 actions, à voter à l'assemblée générale du 27 juin 1922 un quitus de gestion général et définitif, confirmant en tant que de besoin tous quitus antérieurs qui ne sauraient plus être discutés ni directement, ni indirectement par eux. »

La convention ainsi passée par Bauer et Marchal avait un caractère nettement immoral ; en effet, le vote de quitus éteignant l'action en responsabilité contre les administrateurs, même au profit des actionnaires opposants ou absents, Bauer, Marchal et C^{ie} faisaient perdre à ces derniers la possibilité de se faire indemniser, alors qu'eux-mêmes avaient été dédommagés.

Cette clause illicite aurait suffi pour faire annuler la convention ; le tribunal l'invoque à la fin de ses attendus pour en prononcer la nullité. Mais, ce qui est capital, c'est, que dès l'énoncé de la convention, le tribunal déclare la convention illicite, en dehors des circonstances particulières de la cause, par le seul fait qu'elle constitue une véritable cession du droit de vote :

« Attendu que la remise des titres apparaît ainsi avoir comme seule contre-partie l'engagement pris par Bauer, Marchal et C^{ie} de voter le quitus des administrateurs ; qu'ainsi une telle remise constitue, en définitive, le prix d'acquisition d'un droit de vote à une assemblée générale, et non, ainsi que le soutiennent et font plaider les défendeurs, l'exécution d'une transaction ayant pour objet la répartition d'un prétendu préjudice subi ;

« Attendu que l'engagement ainsi pris par un actionnaire préalablement à l'assemblée est illicite comme contraire à la liberté et à la personnalité du vote ; que le considérer comme valable serait détruire le jeu normal de discussion, dont l'assemblée a précisément pour mission de révéler le sens dominant. »

Il y a là des attendus absolument contraires à ceux déjà cités.

L'engagement pris par les actionnaires de voter dans un

certain sens porte sur un point précis, déterminé, le quitus, et il est également limité dans le temps ; le tribunal n'a pourtant pas hésité à le proclamer nul par le seul fait qu'il constituait une véritable cession du droit de vote ; certains attendus du tribunal montrent d'ailleurs la portée très générale de la décision :

« Attendu que, si l'aliénation était tolérée et considérée comme licite, elle aurait, dans la pratique des assemblées générales, des conséquences graves et dommageables pour leurs actionnaires ; que les tractations relatives au vote deviendraient courantes et aboutiraient à donner toute autorité dans la gestion des sociétés à des tiers n'ayant aucun intérêt à la sauvegarde et au développement du patrimoine social ; qu'il apparaît comme hautement désirable qu'il n'en soit pas ainsi pour conserver aux délibérations des assemblées leur caractère indispensable de moralité et de liberté. »

Le tribunal distingue enfin de manière intéressante la cession du droit de vote et le mandat. Bauer et Marchal arguant en effet qu'ils auraient pu remettre régulièrement leur pouvoir aux demandeurs qui auraient voté eux-mêmes le quitus à l'assemblée, le tribunal répond :

« Il n'est pas possible d'assimiler la remise d'un pouvoir à l'aliénation à titre onéreux de son vote par un propriétaire d'actions ; attendu que, par la remise d'un pouvoir, le mandant propriétaire des actions est considéré comme votant lui-même par la voix de son mandataire ; qu'il conserve jusqu'au dernier moment la possibilité de révoquer le mandant ; qu'au contraire, par l'aliénation de son droit de vote, le cédant abandonne définitivement son libre arbitre, et qu'ainsi c'est le cessionnaire non propriétaire des actions qui vote par la voix du cédant. »

On peut conclure de cette étude que la cession du droit de vote, sous quelque forme que ce soit, est interdite en droit français ; à vrai dire, les espèces dont les tribunaux ont eu à connaître concernaient des engagements pris par les actionnaires de voter dans un certain sens, et non point une véritable cession par laquelle le cessionnaire irait voter au lieu et place de l'actionnaire ; mais le fait que les tribunaux ont

annulé ces engagements en les assimilant à de véritables cessions, et les attendus de leurs jugements, montrent assez l'accueil qu'ils feraient à une pareille combinaison.

La pratique, nous l'avons vu, arrive par l'emploi du pouvoir à des résultats analogues ; mais le caractère juridique du mandat est sauvegardé par la nécessité du « bon pour pouvoir » écrit de la main de l'actionnaire et suivi de sa signature, qu'il faut obtenir de lui à chaque assemblée et qu'il peut toujours révoquer.

La question de l'organisation des actionnaires en dehors de l'assemblée générale s'est posée parfois de façon particulièrement aiguë pour les actionnaires français de sociétés étrangères ; la pratique, tout en se conformant aux règles que nous avons dégagées, n'en a pas moins obtenu des résultats intéressants.

Ainsi, l'Association nationale des porteurs français de valeurs mobilières, fondée en 1898 et reconnue en 1919 d'utilité publique, a déployé, depuis la guerre, une grande activité pour assurer la défense des intérêts des porteurs français de valeurs mobilières étrangères.

Elle s'est surtout préoccupée de protéger les obligataires français créanciers d'États ou de sociétés étrangers. Toutefois, elle a été appelée en de rares circonstances à assumer l'organisation et la défense d'actionnaires français de sociétés étrangères.

L'illustration la plus frappante de cette dernière forme de son activité a été fournie par l'affaire de la « Société des mines et usines à zinc de Silésie ». C'était une vieille société anonyme allemande qui comportait une importante participation française ; avant la guerre, les actionnaires français avaient des représentants dans le conseil d'administration.

Pendant la guerre, les actionnaires français furent dans l'impossibilité d'exercer les droits attachés à leurs titres et perdirent leurs représentants au conseil. Ils recouvrèrent les dividendes arriérés par l'organe des offices de compensation.

Il a paru opportun d'envisager en 1921 la constitution d'un groupement des actionnaires français. La Société des mines et

usines à zinc de Silésie envisageait en effet toute une réorganisation de son activité et de profondes modifications à ses statuts. Il fallait permettre aux actionnaires français de suivre de près les opérations projetées et d'assurer l'exercice des droits attachés à leurs titres dans les mêmes conditions que les actionnaires allemands. Aussi l'Association nationale invita les actionnaires français à donner leur adhésion au « Comité de défense » qu'elle instituait pour assurer l'influence à laquelle l'importance des capitaux souscrits par eux leur donnait droit. L'adhésion, réalisée par la signature d'un simple bulletin, était gratuite et ne comportait aucun engagement de la part de l'actionnaire, ni aucune immobilisation de ses titres.

En mai 1921, ce « Comité de défense » envoyait un appel aux actionnaires en vue des assemblées générales de la société, qui devaient se tenir à Breslau le 30 mai. Ces assemblées devaient procéder à la nomination d'administrateurs, voter une augmentation de capital et apporter différentes modifications aux statuts. Le « Comité de défense » donnait à ses adhérents dans une circulaire les instructions nécessaires pour assurer leur représentation à ces assemblées :

« A cet effet, les actionnaires devront :

« 1^o Déposer leurs titres contre remise d'un récépissé de dépôt auprès de la banque qui remplissait déjà, avant la guerre, à titre officieux, le rôle d'établissement dépositaire : MM. Guët et C^{ie}, 80, rue Saint-Lazare, Paris ;

« 2^o Détacher de ce récépissé la carte de légitimation et de vote et conserver le certificat de dépôt détaché, comme récépissé ;

« 3^o Remplir le pouvoir ci-joint à l'effet de désigner leur mandataire.

« *Le Comité de défense invite ses adhérents à se contenter de signer les pouvoirs, sans les dater et sans indiquer le nom du mandataire.* Les pouvoirs seront ultérieurement complétés par ses soins et établis au nom du mandataire collectif choisi par lui. Les pouvoirs ainsi établis devront être déposés chez MM. Guët et C^{ie}, en même temps que les actions de la Société des mines et usines à zinc de Silésie ou les récépissés de dépôt de ces actions dans une banque française.

« Les pouvoirs et les cartes de vote devront être dûment signés par les intéressés pour être remis au mandataire choisi par le Comité de défense. »

Par la suite, le Comité de défense se chargea de la représentation des actionnaires français à diverses autres assemblées et assura, de plus, l'exercice de leur droit de souscription aux augmentations de capital par l'obtention de la société de délais suffisants pour leur permettre en fait d'exercer ce droit.

Le Comité de défense des actionnaires, constitué auprès de l'Association nationale des porteurs français de valeurs mobilières, a cessé son action à la fin de 1922, lorsque deux administrateurs français et un administrateur belge sont entrés dans le conseil d'administration de la société. Dès ce moment, on pouvait considérer, en effet, que la représentation des intérêts français dans la société était assurée d'une manière suffisante.

D'ailleurs les actionnaires français et belges, rendus attentifs à l'évolution de la société par l'intervention du Comité de défense au cours des années précédentes, avaient repris l'habitude de déposer leurs titres en vue des assemblées générales. C'est ainsi qu'à l'assemblée générale du 29 mai 1923, le nombre de voix se décomposait comme suit :

Groupe français	25 409
— belge	28 196
— allemand	42 622
— suisse	582

Les groupes français et belge réunis disposaient donc de la majorité absolue.

En 1923, le nombre des administrateurs français a été porté de deux à trois, et celui des administrateurs belges, de un à trois. Des administrateurs polonais sont également entrés dans le conseil, dont les membres appartiennent ainsi, à l'heure actuelle, à quatre nationalités différentes (française, belge, polonaise, allemande).

Les actions de la société ont été abonnées au timbre et admises à la cote officielle de la Bourse de Paris en 1925. Des banques françaises assurent officiellement le service financier des titres. La situation des actionnaires français, rendue pen-

dant des années incertaine du fait de la guerre et de ses conséquences, est donc maintenant tout à fait normale.

Il est donc possible, sur la base de la nationalité, d'opérer une discrimination entre les actionnaires et de les grouper d'après cette qualité.

Mais, si on laisse de côté cet aspect un peu particulier du problème, on est amené à se demander dans quelle mesure des actionnaires français, dans une société française, peuvent s'organiser en dehors de l'assemblée générale. A quelles conditions pourra-t-on déclarer valable un « syndicat d'actionnaires » ?

La pratique recourt en fait, pour coordonner les efforts d'actionnaires isolés en vue de la gestion de la société, au procédé du blocage.

Voici le type d'une convention de ce genre passée récemment entre deux groupes financiers :

Entre X..., d'une part,
et Y, d'autre part,

IL A ÉTÉ CONVENU CE QUI SUIT :

1^o Dans le but de maintenir l'unité de vue nécessaire au développement de la société X..., il est décidé de constituer un groupement ayant pour but de bloquer... actions de la société X. Chaque groupe participera pour moitié, soit... titres, dans l'opération.

Les parties, chacune en ce qui la concerne, s'engagent à déposer les actions en question chez ..., dans un délai d'un mois à partir de la signature du présent accord, étant entendu que la liste des numéros sera échangée entre les deux parties au plus tard le quinzième jour après la date du dépôt ;

2^o Les deux groupes auront à se concerter avant chaque assemblée générale sur les questions portées à l'ordre du jour et sur les différentes résolutions à proposer ;

3^o Le présent accord sera valable pendant un an et il sera renouvelable par tacite reconduction d'année en année, sauf dénonciation par l'une des parties, trois mois avant l'échéance.

Fait à ..., le ...

Une pareille combinaison semble licite ; en vertu du principe de la liberté des conventions, on ne voit pas pourquoi interdire à un certain nombre d'actionnaires de bloquer leurs titres.

De plus, « aucun texte ne défend à des actionnaires de se réunir, de s'entretenir des affaires sociales, et de se consulter pour décider dans quel sens il conviendra de voter » (Tribunal de commerce de la Seine, 9 décembre 1920 ; *Journal des Sociétés*, 1924, 516).

Les actionnaires d'une société peuvent donc parfaitement s'unir sous forme de syndicat occulte ou d'association déclarée ; ils peuvent également organiser leur représentation par des mandataires communs, au moyen de pouvoirs renouvelés à l'occasion de chaque assemblée ; mais ils ne sauraient renoncer à leur droit de vote en s'engageant à voter conformément aux décisions du groupe ou de ses représentants.

CHAPITRE III

DE L'INTÉRÊT QUE PEUT AVOIR L'ACTIONNAIRE DANS LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ, EN DEHORS DE CETTE QUALITÉ (ACTIONNAIRE ADMINISTRATEUR, OMNIUMS ET HOLDINGS)

Les dérogations à l'*intuitus pecuniæ* que nous allons examiner dans ce chapitre se distinguent assez nettement de celles étudiées jusqu'ici ; il ne s'agit plus d'absence de l'actionnaire aux assemblées ou de sa représentation par un mandataire, voire même un cessionnaire. Extérieurement, rien ne pourra révéler ces atteintes à l'*intuitus pecuniæ* : le jour de l'assemblée générale, les actionnaires étant tous supposés présents et libres de tout engagement, les délibérations vont être prises à la majorité des actions. Conformément au jeu normal de l'*intuitus pecuniæ*, c'est de la majorité du capital que se dégagera la volonté de l'assemblée générale des actionnaires, organe suprême de la société.

Pourtant, ce ne sera souvent que pure apparence ; il suffit, pour s'en rendre compte, de rappeler à quoi correspond le principe d'*intuitus pecuniæ* dans la gestion de la société anonyme. C'est un principe qui envisage strictement l'actionnaire comme un capitaliste et lui confère dans la société des droits proportionnels à son apport ; il a pour fondement rationnel une présomption de conformité d'intérêt entre l'actionnaire

et la société. Selon l'image de Bourcart, ce sont des sacs d'écus qui délibèrent, et cette conception trouve son expression parfaite avec le titre au porteur ; c'est le titre lui-même, pourrait-on dire, qui a droit de vote aux assemblées ; on ne se soucie pas de la personne du titulaire.

C'est en réalité une pure fiction. Derrière la mise, il y a l'homme, et il est arbitraire de l'envisager comme ayant uniquement cette qualité de propriétaire de l'apport. Il peut avoir une activité très variée et prendre en fait à la direction des affaires sociales un intérêt tout autre que celui que lui confère normalement sa seule qualité de capitaliste : le principe d'*intuitus pecuniæ*, ou, plus exactement, la présomption psychologique qui est à sa base, se trouve démentie par les qualités personnelles du porteur : la règle qui veut que l'intérêt que possède un actionnaire dans la société soit la meilleure garantie de sa collaboration dans la gestion se trouve faussée par cette manifestation d'*intuitus personæ*.

Il y a là quelque chose d'analogue à ce que nous avons constaté en matière de représentation aux assemblées : la nécessité de rejeter la fiction du mandat, d'envisager la personne du mandataire, et d'examiner s'il n'avait pas un intérêt personnel dans la société. Mais, ici, c'est l'actionnaire en personne qui assiste à l'assemblée ; c'est chez lui qu'il faut rechercher cette qualité personnelle qui lui crée un intérêt distinct de celui qu'il aurait comme simple actionnaire, sa collaboration n'étant plus inspirée par le seul souci d'un capitaliste de défendre et de faire fructifier sa mise.

Cette qualité personnelle du porteur peut prendre deux formes assez différentes :

1^o L'actionnaire joue dans la société, en dehors de cette qualité, un rôle particulier : c'est l'hypothèse de l'administrateur venant, en tant qu'actionnaire, voter aux assemblées générales ;

2^o L'actionnaire exerce, tout à fait en dehors de la société, une activité économique propre qui lui confère un intérêt particulier dans la gestion de la société. Ce peut être un concurrent, cherchant en cette qualité à préjudicier le plus possible à la prospérité de la société ; ce peut être un collabora-

teur : c'est l'hypothèse de la société mère d'un omnium assistant aux assemblées d'une filiale dont elle détient le contrôle ; ce fait qu'elle est la société mère d'un omnium, dirigeant et coordonnant les activités multiples d'un tout dont la filiale ne constitue qu'une partie, pourra lui dicter dans la gestion une politique sans conformité avec l'intérêt direct et seul envisagé de cette société filiale.

I. De l'administrateur actionnaire. — L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 exige que les administrateurs de la société anonyme soient pris parmi les actionnaires. L'article 26 précise cette obligation :

« Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. »

En dehors de ces actions destinées à garantir leur gestion, les administrateurs sont souvent en fait propriétaires de paquets importants d'actions dont ils ont la libre disposition.

Faut-il permettre à ces administrateurs de voter aux assemblées comme les actionnaires ordinaires, alors même qu'il s'agit d'approuver leur propre gestion ?

Nous avons vu que l'article 4 de la loi de 1867, concernant les assemblées constitutives, interdit aux apporteurs en nature de prendre part au vote appréciant les apports. Cette règle équitable, selon laquelle nul ne peut être à la fois juge et partie, ne doit-elle pas être étendue, malgré l'absence de disposition légale expresse, au vote des administrateurs ?

La jurisprudence s'y est refusée, et la Cour de cassation n'a pas voulu voir dans cette interdiction concernant les apporteurs l'application d'un principe général qui lui permettrait d'atteindre le vote des administrateurs (27 juillet 1881, S. 1883, I, 337, note Labbé ; 26 octobre 1896, D. P., 1898, I, 65, note Thaller).

Une série d'arrêts ont confirmé cette jurisprudence ; récem-

ment encore, la Cour de cassation (29 juillet 1925; *Revue des Sociétés*, 1926, p. 20) a rappelé que « si les administrateurs des sociétés anonymes sont, en tant que mandataires de la société, astreints à rendre compte à l'assemblée générale, aucune disposition légale, en l'absence de disposition des statuts, ne leur enlève le droit qu'ils tiennent de leur qualité d'actionnaires représentants d'une portion du capital social, de participer dans cette mesure aux délibérations de l'assemblée à laquelle ce compte est soumis... »

Thaller, dans sa note sous l'arrêt précité de la Cour de cassation de 1896, s'élève contre cette jurisprudence (1).

Contre l'approbation par les administrateurs de leur propre gestion, il invoque tout d'abord un argument d'analogie : l'article 4 de la loi de 1867 déjà cité sur le vote des apporteurs en nature, et également l'article 40 de la même loi, qui interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt dans un marché fait avec la société, à moins d'autorisation de l'assemblée générale.

« Dans les deux seules situations où le législateur des sociétés ait prévu un conflit d'intérêts entre la société et un de ses membres, il manifeste sa volonté de manière à conjurer ce conflit d'intérêts.

« La pensée d'ensemble du législateur ne ressort-elle pas de ces deux applications? »

Le savant professeur invoque également à l'appui de sa thèse le témoignage des législations étrangères ; presque toutes les lois européennes excluent les administrateurs du vote sur leur gestion ; certaines, comme la loi allemande, posent en règle générale qu'aucun actionnaire ne peut prendre part au vote d'une assemblée donnant décharge d'une obligation contractée par lui, ou concernant une opération de droit conclue entre lui et la société.

On ne peut invoquer contre le vote des administrateurs de principe général du droit français interdisant à une même personne de remplir les deux rôles d'une même opération juridique, ce que les auteurs allemands appellent « selbstkontra-

(1) Cf. dans le même sens DOLBEAU (*Gaz. Soc.*, 1927, 313) et CHÉRON (note u D. P. 1926, 1, 18).

hiren ». Rien n'empêcherait en principe le mandataire de se rendre contre-partie de son mandant.

Aussi Thaller se place sur un autre terrain pour condamner l'opération : « C'est une affaire de reddition de comptes. Or, dans la reddition de comptes, le mandant et le mandataire doivent s'exclure...

« Il répugne au bon sens que le mandataire continue à faire corps avec le mandant au moment de produire sa justification... Situation étrange et anormale entre toutes, dont il est impossible de donner une explication plausible et contraire à l'idée que l'on doit se faire du caractère sérieux de toute convention. »

Il est bien difficile, en l'état actuel de notre législation, de condamner le vote des administrateurs. On comprend l'interprétation restrictive par la jurisprudence d'un texte (art. 4 sur le vote des apporteurs) qui prive l'actionnaire de l'un des attributs essentiels de son droit. Thaller (*Traité élémentaire*, n° 683) semble être revenu d'ailleurs sur son opinion, et déclare ce vote licite, tout en souhaitant l'intervention du législateur.

Tout en admettant la licéité du vote des administrateurs sur l'approbation de leur gestion, on peut voir avec David (*La protection des minorités dans les sociétés par actions*, p. 65) et bien que la jurisprudence ne soit pas engagée dans cette voie, un correctif possible à l'octroi d'un quitus manifestement immérité dans la théorie du détournement de son pouvoir par la majorité.

II. L'actionnaire exerce une activité économique propre qui lui crée un intérêt particulier. — L'actionnaire qui pénètre dans la société peut fort bien exercer une activité propre qui fasse de lui un concurrent direct ; il est inutile de souligner, en pareille hypothèse, à quel point cette qualité de concurrent viendra fausser le jeu de l'*intuitus pecuniæ* en dictant à cet actionnaire un vote animé par des intentions hostiles. Aussi avons-nous vu les sociétés parer à ce danger en se réservant le droit d'agréer, lors de la transmission des actions ou d'une augmentation de capital, les cessionnaires ou les souscripteurs ; elles peuvent ainsi élimi-

ner les actionnaires qui ne présentent pas des garanties suffisantes.

Mais il peut arriver au contraire que cette activité économique particulière de l'actionnaire crée entre lui et la société une identité d'intérêts et leur permette de réaliser une heureuse collaboration. Cette manifestation d'*intuitus personæ* a permis de poursuivre, sous diverses formes, une concentration économique par la formule de l'omnium ou holding.

L'omnium, depuis longtemps connu dans les pays anglo-saxons, a pris en France depuis la dernière guerre un développement extraordinaire, auquel d'ailleurs n'a pas peu contribué l'éclosion des actions à vote plural. La formule de l'omnium est très élastique, et son activité peut revêtir des formes diverses.

En principe, au sommet, la société mère, dont l'objet est de contrôler les filiales et de coordonner leurs efforts ; elle a d'ailleurs le plus souvent, en dehors de cette fonction, une activité propre. La société mère usera de divers procédés pour réaliser sa formule de concentration :

1^o Elle créera elle-même directement des sociétés filiales dont elle se réservera entièrement le contrôle ;

2^o Elle s'assurera le contrôle d'entreprises existantes, par l'acquisition du paquet des actions à vote plural ou par la souscription à une augmentation de capital de ces sociétés ;

3^o Enfin, souvent elle ne détiendra pas le contrôle absolu d'une affaire, mais y prendra simplement une participation qui lui confère un droit de regard et de collaboration à la gestion.

L'un des exemples les plus frappants d'omnium français et dont la structure juridique est assez typique nous est fourni par le « Crédit général des pétroles ». Nous pourrions plus facilement, après avoir démonté le mécanisme d'un omnium, apprécier du point de vue juridique la licéité d'une pareille combinaison.

Le Crédit général des pétroles, créé en 1920, a pour objet les opérations de toute nature se rapportant au pétrole ou à ses dérivés, l'obtention de tous brevets ou concession et « la participation directe ou indirecte à toutes entreprises ou opérations

financières, industrielles, commerciales, mobilières et immobilières, existantes ou à créer, se rattachant directement ou indirectement à l'objet de la société, par voie de *création de sociétés nouvelles, d'apports, souscription ou achats de titres ou droits sociaux, fusion, association en participation, prise d'intérêt ou autrement...* ».

La société constitue actuellement un des plus puissants omniums pétrolifères. Elle n'a pas limité son activité à l'extraction du pétrole et s'est spécialisée dans le raffinage, le transport et l'exploitation des sous-produits. Elle étend ses ramifications dans de nombreux pays. Cet omnium, constitué à l'origine au modeste capital d'un million, bientôt porté à 10, a connu une fortune très rapide. En 1922, à la suite d'acquisitions de concessions en Pologne, il constituait la *Société française des pétroles de Malopolska*.

Le capital social de la Malopolska était de 30 millions de francs et divisé en 120 000 actions de 250 francs chacune. Ces actions comprenaient deux catégories, 108 000 actions « A » et 12 000 actions « B ».

Le Crédit général, en rémunération de ses apports (actif des deux sociétés polonaises « Maftowy Przemysl Malopolska » et « Vertadok Maftowo Przemyslowa Spolka », travaux et études faits par lui), se vit attribuer :

45 000 parts de fondateur ;

72 000 actions « A » sur 108 000 ;

La totalité des 12 000 actions « B ».

Or, d'après l'article 33 des statuts de la Malopolska :

« Dans toute assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, chaque action de la catégorie « A » donne droit à une voix sans limitation. L'ensemble des actions de la catégorie « B » aura droit dans chaque assemblée générale ordinaire ou extraordinaire (sauf interprétation contraire de la législation en vigueur) à un nombre total de voix égal au nombre d'actions de la catégorie « A » existant au jour de l'assemblée, et cela quelles que puissent être les augmentations ou les diminutions du nombre d'actions de l'une ou l'autre catégorie, par suite de modifications apportées au capital social ou au taux des actions.

Le nombre de voix revenant ainsi à l'ensemble des actions de la catégorie « B » sera partagé également entre toutes les actions de cette catégorie. »

Il suffisait donc au Crédit général des pétroles de garder les 12 000 actions « B », représentant un capital nominal de 3 millions, pour conserver le contrôle de la Malopolska.

En 1927, l'augmentation de capital de 30 à 80 millions souscrite intégralement par le Crédit général des pétroles comprenait seulement 8 000 actions « B » nouvelles, et en 1928 l'augmentation de capital de 80 à 250 millions de francs comprenait exclusivement des actions « A » ordinaires.

Actuellement, la détention des 20 000 actions « B » représentant un capital nominal de 5 millions assure donc le contrôle d'un capital de 250 millions, qui peut être porté à 500 millions par le conseil (décision de l'assemblée générale extraordinaire de décembre 1928), augmentation qui pourra très bien ne comprendre encore que des actions « A » s'il le juge à propos.

Dès mars 1926, le capital du Crédit général des pétroles passait à 16 millions de francs par l'absorption de l'« Omnium des gaz et pétroles » (1) ; l'actif de cet omnium se composait surtout d'un portefeuille d'actions et de parts Malopolska, et vint augmenter ainsi les intérêts déjà possédés par le Crédit général des pétroles dans cette affaire.

Le capital, porté à 30 millions en mai 1926, passait à 40 millions par l'absorption de la Société financières des pétroles (2). En décembre 1926, le capital était augmenté de 35 millions par l'absorption de la Société française des pétroles Premier (3).

Le Crédit général des pétroles ne bornait pas ses opérations financières à la France : en Pologne, il réunissait dans les mains de la Société française des pétroles de Malopolska, contrôlée par lui, la direction et l'exploitation des intérêts pétroliers du groupe.

De plus, il participait à l'assainissement et à la réorganisation de la Banque industrielle de Pologne, dont il s'assurait le

(1), (2) et (3) On a recouru au procédé classique de l'augmentation de capital et l'on a remis 12 000 actions « A » en représentation de son apport à la société Omnium des gaz et pétroles, 20 000 à la Société financière des pétroles et 70 000 à la Société française des pétroles Premier.

contrôle. Cette banque a elle-même des intérêts dans de nombreuses affaires polonaises.

En 1927, a été créée la société *Électro-Gaz*, chargée d'exploiter différentes concessions de distribution d'électricité en Pologne, et ayant en outre une participation d'environ 30 p. 100 dans la Société d'électricité de Grodek.

Le capital actuel d'Électro-Gaz est de 50 millions, divisé en 100 000 actions d'une valeur nominale de 500 francs chacune, dont :

95 000 actions catégorie « A » ;

5 000 actions catégorie « B ».

On trouve dans les statuts une disposition analogue à celle que présente la Malopolska et attribuant, lors des assemblées, aux actions « B » un nombre de voix égal à celui des actions « A ».

Le Crédit général des pétroles a acquis en outre par une série d'accords le contrôle en Europe centrale des sociétés suivantes : Société polonaise Fanto et Nafta.

Société des pétroles de Dabrowa, par l'intermédiaire des organismes suivants : sociétés polonaises, Galicienne des Karpathes et Dombrowa de Prague, société hongroise Hazaï, sociétés autrichiennes Nova et Schodnika.

L'assemblée générale extraordinaire du 12 septembre 1928 des actionnaires du Crédit général des pétroles a autorisé le conseil à porter le capital, par ses seules délibérations, de 200 à 400 millions.

Enfin, pour concentrer les intérêts anciens et nouveaux que la société possède en Tchécoslovaquie et pour développer ces intérêts dans toutes les branches de l'industrie pétrolière, le Crédit général des pétroles a créé la « Société française des pétroles de Tchécoslovaquie », qui jouera dans ce pays un rôle analogue à celui qui est dévolu à la Malopolska pour les intérêts polonais. Les apports du Crédit général des pétroles sont rémunérés par l'attribution de 30 000 parts de fondateur qui ont droit à 25 p. 100 des superbénéfices. Tout le capital de fondation est composé d'actions de numéraire qui se divisent en 280 000 actions « A » de 250 francs et 5 000 actions « B » de 1 000 francs qui ont les mêmes droits dans la répartition des bénéfices, compte tenu de leur valeur nominale. Les actions

« B » jouissent globalement d'un nombre de voix égal à celui de l'ensemble des actions « A ». Elles sont obligatoirement nominatives et doivent appartenir, à concurrence de 55 p. 100, à des intéressés français. Un capital de 5 millions permet donc de contrôler un capital social actuel de 75 millions et que le conseil est, dès à présent, autorisé à doubler.

Cette Société française des pétroles de Tchécoslovaquie va désormais contrôler :

La Mineralolraffinerie Marish-Schonberg ;

La « Premier » Mineralölprodukte ;

L'Apollo A. G., à Bratislava ;

La Dombrowa A. G., à Prague.

On peut, à l'heure actuelle, dresser le tableau ci-contre de l'omnium Crédit général des pétroles, avec ses filiales et sous-filiales.

Si l'on examine la structure juridique de cet omnium, on est frappé par le même procédé technique qui se retrouve à la création de chaque filiale.

1^o Il est tout d'abord évident que l'emploi des actions à vote plural est à la base du système. Ces actions revêtent la même modalité dans la société mère, le Crédit général des pétroles, et dans les filiales, la Malopolska, Electro-Gaz et la Société française des pétroles de Tchécoslovaquie :

« Dans toute assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, chaque action de la catégorie « A » donne droit à une voix sans limitation. L'ensemble des actions de la catégorie « B » aura droit dans chaque assemblée générale ordinaire ou extraordinaire (sauf interprétation contraire de la législation en vigueur) à un nombre total de voix égal au nombre d'actions de la catégorie « A » existant au jour de l'assemblée, et cela, quelles que puissent être les augmentations ou les diminutions du nombre d'actions de l'une ou de l'autre catégorie, par suite de modifications apportées au capital social ou au taux des actions. »

2^o Or, à chaque augmentation de capital à laquelle procède la société mère ou l'une des filiales, l'assemblée générale ex-

CRÉDIT GÉNÉRAL DES PÉTROLES

Omnium au capital de 200 millions pouvant être porté à 400 par le conseil.
(Actions à vote plural donnant le contrôle : 5 millions.)

Société française des Pétroles de Tchécoslovaquie.
Omnium au capital de 50 millions.
(Actions à vote plural : 2 millions 1/2.)

Société française des Pétroles de Malopolska.
Omnium au capital de 250 millions
pouvant être porté à 500.
(Actions à vote plural assurant le contrôle : 5 millions.)

Soc. autrichienne Schodnica, Vienne.
Soc. autrichienne Nova, Vienne.
Société hongroise Hazai, Budapest.
Soc. commerciale « Premier », Paris (organisation de vente pour la France).

Naftowy Przemysl Malopolski, Lemberg ; Zachod. Malopolska Sp. Akcyjna, Lemberg ; Jasiolka, Lemberg. } Exploitation de la région pétrolifère.

Warstаты Mechaniczne i Odlewnia Zelaza, Lemberg (ateliers). Polanka-Karol, Lemberg (tuileries).

Elektrownia Zagłębia Krosnienskigo, Lemberg (centrale).

Soc. polonaise des pétroles Premier, Lemberg. } Exploitation de la région pétrolifère.
Soc. des pétroles Alfa, Lemberg. }
Soc. des pétroles Alliance, Lemberg. } Distillation.

« Pétroles », Lemberg. } Transport et Entrepôt.
Soc. de pipage Jan Zeitleben et Cie, Lemberg. }

Soc. Union polonaise des raffineries, Lemberg.
Oleum, Lemberg (organisation de vente pour la Pologne).

Galiczyjskie Naft. tow., Lemberg (exploitation pétrolifère).

« Karpaty », Lemberg (organisation de vente pour la Pologne).

« Dabrowa », Dantzig (exportation).

« Fanto », Varsovie } (Exploitation de la région pétrolifère.)
« Nafta », Lemberg }

Montan, Lemberg (raffinerie).

Podkarpackie Tow. Elektryczne, Lemberg. } Répartition du courant produit à Boryslaw.
Soc. Elektr. Zagłębia Krosnienskigo, Lemberg. }
Soc. d'électricité de Grodek. }

Banque industrielle de Pologne (capital 6 millions zl.).

Mineralölraffinerie Mährisch-Schönberg.
Premier Mineralölprodukte.
Apollo A. G., Bratislava (raffinerie).
Dombrova A. G., Prague (organisation de vente).

traordinaire vote invariablement la disposition suivante :

« Toutefois, le conseil d'administration est autorisé à porter le capital social, par ses seules délibérations, à ... millions de francs, en une ou plusieurs fois, par la création d'actions (de telle catégorie qu'il décidera) payables en espèces ou en échange d'apports en nature, et ce, aux époques, dans les proportions et dans les conditions qu'il jugera convenables, sauf l'accomplissement des formalités de vérification et d'approbation par l'assemblée générale des actionnaires dans les conditions prévues par la loi, laquelle assemblée apportera aux dispositions ci-dessus du présent article, les modifications qui seront la conséquence du changement du chiffre du capital social et du nombre d'actions correspondant.

« Il pourra être créé, en représentation des augmentations du capital social, soit des actions « A », soit des actions « B », ou encore des actions de priorité ou d'un type nouveau, jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité, soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux... »

Si l'on rapproche ces deux dispositions, on voit qu'il suffit de la détention du paquet d'actions à vote plural « B », émises à l'origine de la société, pour en conserver le contrôle. En effet, le conseil d'administration, se faisant reconnaître les plus grands pouvoirs en matière d'augmentations de capital, procédera uniquement par voie d'émission d'actions « A » ordinaires. Malgré l'augmentation du capital, les actions « B » primitives suffiront à donner la majorité dans les assemblées, puisqu'elles jouissent d'un nombre de voix égal à celui des actions « A », « quelles que puissent être les augmentations ou les diminutions du nombre d'actions de l'une ou l'autre catégorie ».

Ainsi le capital d'Électro-Gaz, primitivement de 25 millions (45 000 actions « A » et 5 000 actions « B »), a été porté à 50 millions par la création de 50 000 actions « A » nouvelles. La même remarque s'applique à la Malopolska et à la Société française des pétroles de Tchécoslovaquie.

Il en est de même pour la société mère : par suite de ce procédé, les 10 000 actions « B » du Crédit général des pétroles,

représentant un capital de 5 millions (1), contrôle actuellement un capital de 200 millions, qui n'était auparavant que de 80 millions, et qui pourra, dès à présent, être porté à 400 millions par le conseil, par l'émission, s'il le juge bon, de 200 millions d'actions « A » ordinaires.

Ces 10 000 actions « B » du Crédit général des pétroles constituent donc la véritable clef de voûte du système. Elles assurent le contrôle du Crédit général des pétroles (200 millions), de la Malopolska (250 millions), de l'Électro-Gaz (50 millions), de la Société française des pétroles de Tchécoslovaquie (75 millions), ces trois sociétés étant elles-mêmes des omniums contrôlant une infinité de sociétés dont le capital additionné atteindrait des chiffres astronomiques.

Que faut-il penser de l'omnium ?

Du point de vue économique, son utilité est incontestable ; d'un mécanisme souple, l'omnium, répondant à un besoin de concentration, permet de réaliser les accords et les combinaisons les plus diverses. Il évite la création d'une société unique trop importante, congestionnée, et qui tendrait à devenir une grande administration. On laisse à chaque filiale une initiative suffisante pour remplir le rôle qui lui est dévolu, tout en contrôlant sa gestion au mieux des intérêts du groupement.

Du point de vue national, il n'est pas douteux que l'omnium n'ait déjà rendu de grands services. L'œuvre réalisée par les établissements Kuhlmann en est une illustration.

C'est une société très ancienne, qui a connu depuis la guerre un essor extraordinaire. Pour réaliser une série d'opérations, absorptions, prises d'intérêts, création de filiales, le capital a été porté, par augmentations successives, de 6 millions en 1914 à 300 millions en 1929. La plus importante des fusions réalisées fut celle de la Compagnie nationale de matières colorantes et de produits chimiques, en 1923.

Il est intéressant de constater le chiffre croissant des participations de Kuhlmann dans les sociétés lui fournissant des

(1) Encore faut-il ajouter que, d'après l'article 6 des statuts, « aucun appel de fonds sur les trois derniers quarts ne devra être fait sur les actions « série B » tant que les actions « série A » n'auront pas été libérées intégralement ».

matières filiales ou dans les filiales constituées pour une fabrication spéciale. Le montant de ces participations atteint, dans le bilan de décembre 1927, plus de 84 millions.

Cette concentration a permis à Kuhlmann de lutter avec les grands trusts chimiques étrangers. Par son concours à la constitution d'un front unique français (le « Comité des industries chimiques »), il a rendu possible la signature d'un accord en 1927 avec la puissante I. G. Farben Industrie, qui a consolidé les positions acquises par l'industrie française.

Du point de vue juridique, comment apprécier la formule de l'omnium ?

La jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître que la faculté de devenir actionnaire n'est nullement réservée aux personnes physiques. La société, personne juridique capable, peut parfaitement devenir actionnaire d'une autre société par l'intermédiaire de ses représentants, et, en fait, les statuts de sociétés prévoient comment sera organisée cette représentation aux assemblées.

Presque toutes les sociétés possèdent en portefeuille un certain nombre de titres ; mais y a-t-il un obstacle juridique à ce qu'une seule société détienne la majorité dans une autre ? Aucune disposition de notre droit, à la différence de plusieurs législations étrangères, ne vient limiter le nombre de voix que peut posséder un actionnaire, et cela doit s'entendre aussi bien des personnes morales que physiques.

La loi portant fixation du budget général de 1920 (*Journal officiel*, 1^{er} août 1920) a prévu certaines mesures au profit des omniums, des sociétés à participations en général, admettant par là même leur validité :

« ART. 27. — Lorsque la société française par actions a reçu en représentation de versements ou d'apports en nature ou en numéraire par elle faits à une autre société par actions, des actions, des obligations ou des parts bénéficiaires nominatives de cette dernière société, les dividendes distribués par la première société sont, pour chaque exercice, exonérés de la taxe du revenu des capitaux mobiliers établie par la loi des 29 juin 1872 (art. 1^{er}) et 29 mars 1914 (art. 31) dans la mesure des produits de ces parts, obligations ou actions touchées

par elle au cours de l'exercice, à la condition que ces parts, obligations ou actions soient restées inscrites au nom de la société. »

Cet article 27 remédie à la conséquence logique de la personnalité morale ; la société touchant les revenus des valeurs comprises dans son portefeuille n'agit pas comme mandataire de ses actionnaires, mais à titre personnel, comme personne juridique. Quand les actionnaires, pris individuellement, perçoivent les dividendes, ils devraient payer à nouveau les droits fiscaux, double perception devenue très sensible depuis l'élévation du taux de l'impôt.

Les conditions d'application de l'article 27 montrent d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'exonérer le portefeuille-titres des sociétés, mais uniquement de favoriser la création de nouvelles sociétés ou leur développement.

Mais si la validité de l'omnium n'est pas douteuse, n'existe-t-il pas, en fait, un grave inconvénient résultant de l'activité économique similaire de la société mère et des filiales ?

Il est à craindre que l'intérêt de la société mère ne s'identifie pas toujours avec celui de la filiale, cette dernière risquant alors d'être sacrifiée aux intérêts du groupement : la société mère voit alors le préjudice qu'elle subit comme actionnaire de la filiale compensé par les avantages qu'elle retire du fonctionnement de l'ensemble du groupement ; mais les actionnaires de la minorité de la filiale se voient injustement sacrifiés sans aucune contre-partie. L'*intuitus personæ* qui domine la gestion de la société filiale se révèle alors comme néfaste.

Cet inconvénient sera particulièrement à redouter lorsque la société mère détiendra seulement le paquet des actions à vote plural, représentant un capital minime : elle n'en sera que plus portée à sacrifier les intérêts de la filiale, c'est-à-dire des autres actionnaires, qui représentent en fait la majeure partie du capital ; ces autres actionnaires de la filiale, qui restent absolument étrangers à l'omnium, vont se trouver spoliés.

On a craint de voir en France se développer certaines pratiques en usage aux États-Unis : c'est ainsi que Pierpont Morgan, maître d'un trust de navigation, fit cesser, dans l'in-

térêt de ce trust, l'exploitation des lignes les plus fructueuses d'une compagnie de navigation, la Leyland C^o, dans laquelle il détenait la majorité (1).

Il existe, dans notre droit, des principes généraux qui permettent de remédier à de pareils abus. Comme le souligne David dans sa remarquable étude (2) :

« Toute majorité, dans une assemblée sociale quelconque, doit être la servante d'un intérêt donné.

« Si son activité d'une manière manifeste nuit à cet intérêt, et si la majorité poursuit le sacrifice et la ruine de l'intérêt qui est sous sa garde au lieu de s'employer à sa défense et à son service, elle commet un détournement illicite de son pouvoir, en même temps qu'elle s'écarte d'une manière illégitime de la bonne foi prescrite à sa conduite. »

Un pareil principe permettra d'annuler la délibération d'une assemblée générale manifestement contraire à l'intérêt de la société et votée par une majorité cherchant, soit à titre de concurrent direct, soit comme société mère d'un omnium, à s'avantager au détriment de la minorité.

Il ne s'est pas présenté à notre connaissance de cas analogue à celui de la Leyland C^o devant les tribunaux français ; mais ils ont à plusieurs reprises annulé les délibérations prises par une majorité d'actionnaires, contrairement aux intérêts évidents de la société et des autres associés parce qu'elle y trouvait à un autre titre un intérêt personnel (3).

(1) et (2) Cf. DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, p. 61 et suivantes.

(3) DAVID, *op. cit.*, p. 63.

CHAPITRE IV

DES DÉROGATIONS APPORTÉES A L' « INTUITUS PECUNIÆ » PAR LA LOI OU LES STATUTS DANS LE VOTE AUX ASSEMBLÉES

Les dérogations à l'*intuitus pecuniæ* que nous avons étudiées précédemment résultent de l'activité particulière ou de l'indifférence de l'actionnaire : il n'assiste pas aux assemblées générales, il s'y fait représenter par un tiers ou même lui cède son droit ; ou bien encore il exerce une activité propre qui lui crée un intérêt particulier dans la société en dehors de sa qualité d'actionnaire : toutes manifestations de la personne qui viennent fausser en fait le mécanisme de l'*intuitus pecuniæ*.

Mais il arrive, parfois, que la loi ou les statuts dérogent directement à l'*intuitus pecuniæ* : ils tempèrent cette règle protectrice des droits de l'actionnaire et fondée sur une présomption de conformité entre son intérêt et celui de la société par une certaine dose d'*intuitus personæ*.

Cet *intuitus personæ* correspond d'ailleurs à deux préoccupations assez différentes :

1^o Favoriser de façon générale la personne, abstraitement considérée, à l'encontre du capital, dans les droits à la gestion. C'est ce que Mazeaud appelle une manifestation d'*intuitus personarum* ;

2^o Favoriser certains actionnaires déterminés, par suite de considérations diverses, pour leur conférer dans la gestion une influence sans conformité avec leur apport. On se trouve, alors, en présence d'un phénomène d'*intuitus personæ* proprement dit ou *singulæ*.

« *Intuitus personarum* » ou abstrait. — Si l'on examine tout d'abord les dérogations qu'apporte la loi elle-même à l'*intuitus pecuniæ* en faveur de la personne, pour cette seule raison qu'elle est un élément spirituel, on s'aperçoit que les prescriptions de la loi du 24 juillet 1867 varient suivant la nature des assemblées générales :

1^o Si l'on considère les assemblées constitutives, l'article 27, al. 2, stipule que « tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix ».

Le législateur a donc limité de façon très nette la règle de l'*intuitus pecuniæ* ; les statuts peuvent bien attribuer aux actionnaires un droit de vote proportionnel aux actions qu'ils possèdent, mais dans les limites de une à dix voix. Les délibérations ne seront donc pas prises à la majorité brutale du capital, mais supposeront l'approbation, sinon de la majorité, tout au moins d'une certaine proportion d'actionnaires. Nous verrons que les statuts de sociétés prévoient souvent la limitation du nombre de voix de chaque actionnaire dans les assemblées générales ordinaires, et nous préciserons alors à quelle préoccupation répond cette limitation. Il semble que le législateur ait ici surtout voulu assurer un contrôle sérieux, et éviter que quelques fondateurs, détenteurs d'une fraction importante du capital, ne rendent illusoires la vérification et l'approbation auxquelles doit procéder l'assemblée constitutive :

en réalité, la manifestation d'*intuitus personarum* abstrait que constitue cette limitation à dix du nombre de voix est bien moins dirigée contre l'*intuitus pecuniæ* même que contre le danger possible d'un *intuitus personæ singulæ*.

2° En ce qui concerne les assemblées générales ordinaires, l'article 27, al. 1, stipule que « les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, en égard au nombre d'actions dont il est porteur ».

A la différence de nombreuses législations étrangères qui limitent le nombre de voix que peut posséder chaque actionnaire, le législateur a laissé le principe de la liberté des conventions reprendre ici son empire ; nous aurons à voir comment les sociétés ont, en fait, organisé le vote aux assemblées générales ordinaires.

Si les statuts ne contiennent aucune disposition expresse, les termes de l'article 27 (« en égard au nombre d'actions ») semblent bien indiquer qu'il faudra attribuer une voix par action sans limitation. On peut dire que l'*intuitus pecuniæ* régit le droit commun du vote dans les assemblées générales ordinaires. De fait, la question ne présente qu'un intérêt théorique, car les statuts prévoient toujours les conditions d'exercice du droit de vote.

3° L'article 31 règle, au contraire, de façon impérative, le jeu du vote dans les assemblées générales extraordinaires : « nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, dans les assemblées générales qui ont à délibérer sur les modifications aux statuts, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation ».

Une pareille disposition consacre l'application parfaite du principe d'*intuitus pecuniæ*. Quand il s'agit de modifier à la majorité, d'ailleurs renforcée, le pacte social primitif, le législateur a jugé conforme à l'équité d'attribuer à chacun un droit strictement proportionnel à son intérêt dans la société. Aucune limitation du nombre des voix n'est donc possible.

Profitant de la liberté qui leur était reconnue par l'article 27, les statuts de sociétés ont organisé de façons très diverses l'accès et le vote aux assemblées générales.

Une clause de style, figurant dans presque tous les statuts, subordonne l'accès aux assemblées à la possession d'un certain nombre d'actions. Le chiffre est très variable et parfois diffère pour une même société selon qu'il s'agit d'actions ordinaires ou privilégiées, de capital ou de jouissance :

Air liquide	5 actions.
Alfa	10 —
Société lyonnaise des forces motrices	10 actions de capital ou 14 actions de jouissance.
Acieries de Longwy	20 actions.
Imprimeries Chaix	40 —
Stéarinerie L. Félix Fournier	50 —
Banque des Pays du Nord	80 —
Malopolska	100 — « B » ou 250 — « A ».
Société anonyme des chantiers et ateliers de Brest	200 —

L'accès aux assemblées est parfois réservé aux actionnaires ayant acquis leurs titres depuis un certain délai : ainsi, les statuts de l'Agence Havas n'admettent aux assemblées que les titulaires d'une action « A » ou de dix actions « B » depuis trois mois au moins.

Enfin, le conseil se voit reconnaître parfois le droit de modifier les conditions d'accès aux assemblées : ainsi, d'après les statuts de la Banque des Pays du Nord :

« L'assemblée générale se compose de tous les actionnaires possédant depuis trois mois au moins 80 actions libérées des versements exigibles. Le conseil d'administration pourra abaisser par fraction de 20, et jusqu'à 20 actions au minimum, pour une ou plusieurs assemblées générales, le nombre d'actions minimum pour être admis à l'assemblée, ainsi que le délai de trois mois ci-dessus indiqué. »

La loi du 1^{er} août 1893 (art. 4) est venue compléter l'article 27 par la disposition suivante : « Tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis à l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre

nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux ». Il y a là une faculté dont les ststuts ne sauraient priver les petits actionnaires. Mais, personne ne se souciant d'organiser ce groupement, les restrictions à l'accès aux assemblées aboutissent, en fait, à exclure les petits actionnaires de la gestion de la société anonyme.

La *limitation du nombre de voix* dont peut disposer chaque actionnaire aux assemblées générales ne donne pas lieu à moins de diversité.

Parfois aucune limitation n'est prévue par les statuts : ils reproduisent à titre conventionnel pour les assemblées ordinaires ce que le législateur impose pour les assemblées extraordinaires : l'*intuitus pecuniæ* est pleinement respecté (Alfa).

Mais, le plus souvent, les statuts limitent à un certain chiffre le nombre de voix (1) dont peut disposer chaque actionnaire :

Imprimerie Chaix.....	5 voix.
Générale Vie	10 —
Société lyonnaise des forces motrices	25 —
Aciéries de Longwy, Hachette.....	150 —
Compagnie africaine de cultures industrielles	250 —
Stéarinerie L. Félix Fournier.....	300 —

Lorsqu'il existe dans une société des actions à vote plural et des actions ordinaires, les statuts peuvent reconnaître respectivement aux actionnaires des deux catégories un nombre de voix proportionnel aux actions qu'il possède sans limitation (Radio-France, Constructions électriques de France). Mais ils peuvent aussi limiter le nombre de voix que peut détenir à ce titre un actionnaire ordinaire et attribuer, au contraire, au porteur d'actions à vote plural un nombre de voix proportionnel à ses actions sans limitation ; ils favorisent ainsi doublement ce dernier (Charbonnages du Tonkin : « Chaque actionnaire a droit dans les assemblées générales ordinaires à une voix par vingt actions « O » avec maximum de 100 voix

(1) De nombreuses compagnies d'assurances limitent non pas le nombre de voix dont peut disposer chaque actionnaire, mais directement le nombre d'actions dont il peut devenir titulaire. Cette restriction est rendue possible par la nécessité de la forme nominative et de l'agrément du conseil pour les transmissions.

et à une voix par quatre actions « P » sans limitation »).

Enfin, les statuts organisent parfois un calcul dégressif du nombre de voix. Ainsi, l'article 41 des statuts de la société anonyme « l'École nouvelle » stipule que « les délibérants ont une voix par action jusqu'à cinq actions, puis autant de voix qu'ils représentent de fois cinq actions, avec un maximum de dix voix ».

Que faut-il penser de façon générale de cette limitation du nombre de voix, qui vient ainsi tempérer dans la gestion de la société anonyme le principe de l'*intuitus pecuniæ*?

Cette limitation tend à conférer la gestion de la société, non pas à la seule majorité des capitaux, mais également à une majorité d'actionnaires, d'éléments pensants. L'*intuitus pecuniæ* fait bien la place de ce facteur humain ; mais il établit une corrélation directe entre la clairvoyance et la compétence de l'individu et son intérêt dans la société. C'est évidemment un raisonnement psychologique sommaire. Supposons une assemblée de 100 actionnaires, dont un détient, à lui seul, la moitié plus une des actions : est-il vraiment, non pas certain, mais même probable, que les délibérations prises à la suite du vote du capitaliste isolé, les 99 autres ayant voté en sens contraire, seront conformes à l'intérêt social ? Le crédit qu'on doit accorder à l'intelligence humaine fait penser le contraire ; il est plus vraisemblable qu'un homme ait pu se tromper que 99. Les actionnaires, objectera-t-on, sont recrutés *intuitus pecuniæ*, sans tenir compte de leur personne. Mais n'est-il pas d'autant plus dangereux de confier à la volonté de quelques gros capitalistes, n'offrant aucune garantie particulière, le sort de la société ?

Et, puisqu'il est nécessaire de recourir au procédé arbitraire de la majorité, n'est-il pas plus logique d'admettre que c'est de la majorité des individus, des éléments pensants, que se dégageront les décisions les plus conformes à l'intérêt social, plutôt que de la majorité du capital ?

Le fait que les actionnaires sont recrutés *intuitu pecuniæ* n'exclut nullement l'*intuitus personæ* abstrait dans la gestion ; le concept de l'égalité entre actionnaires vient faire échec au principe de l'égalité entre actions.

En réalité, pour éclairer le problème, il est nécessaire de rappeler la double fonction du droit de vote :

1^o Une fonction individuelle, tout d'abord ; il constitue le corollaire des droits pécuniaires de l'actionnaire et lui permet de défendre sa mise. En se plaçant à ce seul point de vue, il est strictement conforme à l'équité d'accorder à l'actionnaire un droit de vote proportionnel au risque qu'il court ; limiter le nombre de ses voix, c'est lui enlever arbitrairement le moyen de protéger la fraction de capital qui dépasse le maximum fixé par les statuts ;

2^o Mais le droit de vote n'est pas seulement un droit subjectif conçu en faveur de l'actionnaire ; il a un caractère éminemment social et prend son fondement dans la nécessité d'assurer le fonctionnement de la personne morale. De ce point de vue, on justifie l'*intuitus pecuniæ* par une présomption de conformité entre l'intérêt du capitaliste et celui de la société. Mais, si les faits démontrent que cette présomption n'a qu'une valeur assez relative, et qu'il est nécessaire de la tempérer par une certaine dose d'*intuitus personæ*, le caractère social du droit de vote justifiera cette atteinte aux prérogatives de l'actionnaire et la limitation du nombre de ses voix.

Les statuts de sociétés traduisent souvent cette préoccupation de combiner les avantages de l'*intuitus personæ* et de l'*intuitus pecuniæ*. Ainsi, pour assister aux assemblées générales de l'imprimerie Chaix, il faut au moins 40 actions ; 40 actions donnent droit à une voix, sans que personne puisse posséder plus de cinq voix, soit par lui-même, soit comme mandataire. On confie donc la gestion de la société à la masse des actionnaires moyens. L'actionnaire moyen, qui réalise le type idéal, est favorisé par rapport au petit actionnaire : l'intérêt minimum qu'il a dans la société (40 actions) constitue une garantie pour la société (application de l'*intuitus pecuniæ*) ; il est également favorisé par rapport au gros capitaliste, auquel on dénie une influence proportionnelle à son apport (application de l'*intuitus personæ*).

Nous avons supposé jusqu'ici que les dispositions concernant l'accès et le vote aux assemblées figuraient dans les

statuts originaux. Mais n'est-il pas possible de les modifier au cours de la société?

La jurisprudence, dès avant la loi du 22 novembre 1913 sur les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, reconnaissait à cette dernière le droit de modifier les conditions d'accès et de vote aux assemblées. Ainsi, la Chambre des requêtes (29 octobre 1902; *Journ. Soc.*, 1904, p. 391, note Wahl) a reconnu valables les modifications apportées par une assemblée générale aux conditions du vote (en particulier réduction de 20 à 10 du nombre de voix maximum de chaque actionnaire), « attendu qu'elles ne touchent qu'à l'organisation intérieure de la société sans porter aucune atteinte aux éléments essentiels du contrat » (Cf. également Tribunal de commerce de la Seine, 8 février 1904; *Journ. Soc.*, 1904, 433).

A plus forte raison en est-il ainsi depuis le régime institué par la loi du 22 novembre 1913, qui reconnaît à l'assemblée générale extraordinaire le pouvoir de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions.

II

De l' « intuitus personæ singulæ » : les actions à vote plural. — La question des actions à vote plural a donné lieu à une littérature juridique considérable (1). De toutes les discussions, de toutes les controverses qui se sont élevées à leur endroit, ont fini par se dégager deux notions assez généralement admises : leur utilité d'une part, leur légalité de l'autre.

Leur *utilité* tout d'abord.

Les sociétés les plus sérieuses n'ont pas hésité à adopter le vote plural. Il confère à l'entreprise sociale la stabilité dont elle a besoin ; il remédie à l'absentéisme, à la politique chaotique que risque d'entraîner pour la société ce fait qu'un groupe, par la détention d'une fraction restreinte du capital, peut s'assurer la majorité et chasser le conseil en fonctions. Cette nécessité du vote plural est surtout apparue à une époque où la dépréciation du franc faisait particulièrement redouter l'acquisition à vil prix par l'étranger de la majorité dans nos grandes sociétés françaises.

Les actions à vote plural vont conserver le contrôle entre les mains de ceux qui ont créé l'affaire, ou qui ont déjà fait leurs preuves dans sa gestion. A la masse des capitalistes incompetents, à l'infinité de petites volontés dont la société n'a que faire, elles substituent quelques individus avertis qui con-

(1) Cf. AMIAUD, *Les actions à droit de vote inégal* ; MALÉCOT, *Du vote plural dans les sociétés par actions* ; MAZEAUD, *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux* (bibliographie détaillée de tous les ouvrages et articles sur la question) ; J.-M. MARX, *Le vote plural et les procédés de maîtrise dans les sociétés anonymes* (législation belge).

sacrent leur activité à l'affaire et en constituent l'élément stable et prévoyant.

Le vote plural permettra souvent en fait aux grandes banques d'affaires, dispensatrices de crédit, de s'assurer le contrôle d'entreprises qu'elles auront contribué à créer ; du point de vue économique, cette influence se révélera très généralement bienfaisante.

Nous avons vu enfin, en étudiant le mécanisme des omniums et holdings, que le vote plural a réalisé pendant ces dernières années une concentration économique qui permet à l'industrie française de lutter à armes égales sur le terrain international avec l'étranger.

Si la *légalité* de principe des actions à vote plural est généralement admise, la portée exacte de leurs applications a donné lieu à de sérieuses controverses.

En ce qui concerne les assemblées générales ordinaires tout d'abord, l'article 27 de la loi du 24 juillet 1867 dispose que les statuts déterminent le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire « en égard au nombre d'actions dont il est porteur ». Une pareille disposition semble bien interdire le vote plural, car il n'y a plus corrélation directe entre le chiffre de voix que possède chaque actionnaire et le nombre d'actions dont il est porteur. Mais la doctrine admet que la loi du 16 novembre 1903 (art. 34 du Code de commerce) est venue enlever toute hésitation sur la licéité de l'emploi du vote plural dans les assemblées ordinaires (1). En effet, d'après cet article 34, « toute société par actions peut, par délibération de l'assemblée générale constituée dans les conditions prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, créer des actions de priorité, jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité, soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux, si les statuts n'interdisent point, par une prohibition directe et expresse, la création d'actions de cette nature.

« Sauf dispositions contraires des statuts, les actions de prio-

(1) THALLER, *Journ. Soc.*, 1911, p. 394 ; HOUPIN et BOSVIEUX, t. II, n° 963 ; AMIAUD, MALÉCOT, *op. cit.*

rité et les autres actions ont, dans les assemblées, un droit de vote égal. »

La définition très large qui est donnée des actions de priorité et la faculté de leur accorder un droit de vote inégal rendent licite, pense la majorité de la doctrine, l'emploi d'actions à vote plural dans les assemblées générales ordinaires (1).

En ce qui concerne l'emploi des actions à vote plural dans les assemblées générales extraordinaires, toute la discussion repose sur la portée exacte de l'article 31, al. 2, de la loi du 24 juillet 1867 :

« Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, dans les assemblées générales qui ont à délibérer sur les modifications aux statuts, tout actionnaire, quel que soit le nombre d'actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation ».

Certains auteurs pensent qu'une pareille disposition n'interdit pas l'emploi des actions à vote plural dans les assemblées extraordinaires, mais seulement la limitation du nombre de voix (2). Il semble pourtant bien difficile d'interpréter ainsi le texte formel de l'article 31 stipulant que le nombre de voix de chaque actionnaire sera *égal aux actions qu'il possède* (3).

La jurisprudence n'a pas eu souvent à se prononcer sur le problème des actions à vote plural.

Un jugement du tribunal de commerce de la Seine s'est prononcé expressément en faveur de la validité du vote plural dans les assemblées générales extraordinaires (12 juin 1922 ; *Gaz. Soc.*, 1922, 114). Un autre jugement plus récent du même tribunal (29 juin 1926 ; *Journ. Soc.*, 1928, 562) est

(1) BOURCART, Les actions à vote plural (*Journ. Soc.*, 1923, p. 419) et MAZEAUD (*op. cit.*, p. 85) s'élèvent en partie contre cette opinion. Pour ces auteurs, il faut qu'un avantage quelconque, en dehors du vote plural, soit accordé à l'ensemble des actions à droit de vote ordinaire ou à toutes les actions à droit de vote plural. Il faut donc, pour créer des actions à vote plural, qu'il existe des actions de priorité.

(2) WAHL, *Précis*, n° 872 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, t. II, n° 970 ; BOURCART, MALÉCOT, *op. cit.*

(3) En ces sens : LYON-CAEN et RENAUT, t. II, appendice, p. 12 ; AMIAUD, *op. cit.*, p. 29 ; MAZEAUD, *op. cit.*, p. 112.

venu confirmer la légalité de principe des actions à vote plural :

« Attendu que la validité des actions à droit de vote inégal ne peut, en l'état de notre législation, être sérieusement contestée ; qu'en effet, s'il peut être vrai que le droit de vote plural accordé à certaines actions dans une société rompt le principe d'égalité qui doit régner entre associés, cette règle de droit commun sur l'égalité des droits attachés aux actions d'une société n'est pas d'ordre public ; que la légalité des actions de priorité à droits préférentiels sur les bénéfices se trouvant consacrée par l'article 34 du Code de commerce, dont les dispositions ont été reconnues applicables à toutes les sociétés par actions par la loi du 16 novembre 1913, il n'est pas douteux que la doctrine est à présent unanime pour reconnaître que cette priorité peut aussi bien se manifester par un droit de vote inégal, sauf prescriptions contraires des statuts, aucune disposition de notre droit des sociétés ne condamnant l'emploi de cette catégorie d'actions ; que l'attribution de ce privilège à un certain nombre d'actions dans une même société s'explique notamment quand de nouveaux souscripteurs consentent à donner leur concours à une affaire ou à une société déjà formée dont la situation est ébranlée. »

Nous avons ainsi passé rapidement en revue le problème de l'utilité et de la légalité des actions à vote plural. Nous n'examinerons pas les diverses modalités qu'elles peuvent affecter, car ce point a déjà fait l'objet d'études approfondies (Cf. en particulier MAZEAUD, *op. cit.*).

Elles peuvent aboutir à établir les inégalités les plus considérables, car une seule limite certaine existe en l'état actuel de notre législation : l'impossibilité de priver entièrement une action du droit de vote (1). Selon la définition donnée par l'article 1^{er} du projet adopté par les commissions de la Ligue pour la réforme de la législation des sociétés, « le droit de vote est considéré comme privilégié lorsque le droit de vote n'est pas, pour toutes les actions, proportionnel à la quotité du capital social qu'elles constituent ».

(1) Il faut toutefois rappeler qu'un arrêt de la Cour de Poitiers (4 juillet 1927 ; *Journ. Soc.*, 1928, p. 536) a admis la validité d'une clause des statuts interdisant l'accès et le vote aux assemblées aux actionnaires non agréés par le conseil.

Ce qui rentre dans l'objet de notre étude est de préciser à quelle manifestation d'*intuitus personæ* correspond exactement le vote plural.

Il faut observer que le vote plural ne constitue pas nécessairement une manifestation d'*intuitus personæ*. Une société qui traverse une crise procède à une augmentation de capital. Pour trouver des souscripteurs, elle leur offre des droits de priorité sur les actions anciennes ; cette priorité peut porter sur les droits pécuniaires ; mais on conçoit également qu'au lieu ou en sus de ces avantages pécuniaires, on attribue aux nouvelles actions un droit supérieur dans la gestion. C'est une compensation offerte au *capital* pour le risque qu'il encourt.

Si, au contraire, on crée par exemple à l'origine de la société deux catégories d'actions, toutes à souscrire en numéraire, d'un montant nominal égal et à droits pécuniaires identiques, mais dont l'une jouit d'un droit de vote plus élevé que l'autre, il y a là nécessairement une manifestation d'*intuitus personæ* ; en effet, aucune considération *réelle* ne peut expliquer cette distinction entre des actions de numéraire souscrites à une même époque dans des conditions identiques.

Pour préciser cette discrimination entre les actions à vote plural selon qu'elles sont basées sur des considérations réelles ou correspondent au contraire à une manifestation d'*intuitus personæ*, il est nécessaire de distinguer selon que ces actions sont prévues par les statuts primitifs ou sont créées par une délibération de l'assemblée générale extraordinaire au cours de la société.

I. Les actions à vote plural sont instituées par les statuts. — Ce vote plural a toujours en fait pour objet de favoriser les fondateurs, ceux qui ont pris l'initiative de l'affaire et l'ont mise sur pied ; c'est par suite de cette qualité personnelle de fondateur qu'ils vont détenir une influence prépondérante dans la gestion.

Il faut toutefois distinguer deux hypothèses :

1^o Le vote plural est accordé à des actions qui diffèrent par leur nature des actions à droit de vote ordinaire ;

2° Le vote plural est accordé à des actions qui ne se distinguent pas par ailleurs des autres actions.

1° *Le vote plural est accordé à des actions qui diffèrent par leur nature des actions à droit de vote ordinaire.* — Dans la pratique, c'est souvent aux actions d'apport, les actions de numéraire jouissant d'un droit de vote ordinaire, qu'est accordé le vote plural.

Prenons l'exemple assez frappant de la « Compagnie de transports maritimes de l'Afrique occidentale française ». Il illustre la manière élégante dont un fondateur peut s'assurer le contrôle de la société par l'attribution d'actions d'apport à vote plural.

D'après l'article 6 des statuts, MM. D. et A., fondateurs, apportent à la société en formation :

1° Le bénéfice et les charges des conventions intervenues avec M. le lieutenant-gouverneur de la Guinée française approuvées par M. le gouverneur général de l'Afrique occidentale française, ayant pour objet la concession de l'exploitation d'un entrepôt frigorifique, le transport maritime des fruits entre divers ports, etc. ;

2° Le bénéfice et les obligations des conventions intervenues, et dûment enregistrées, avec M. le président de la Chambre de commerce de Nantes pour location d'entrepôts situés sur les quais du port, avec poste d'accostage pour bateaux et voies ferrées ;

3° Le bénéfice des tractations en cours et de la préparation d'accords avec un armateur pour la réalisation de transport maritime entre l'Afrique occidentale française et la France, avec escales possibles sur le trajet ;

4° Le bénéfice des devis, projets, études, plans et documents de toute nature établis en vue de la réalisation du trafic de denrées projetées ;

5° Le bénéfice de toutes démarches et tractations en cours avec diverses sociétés ou personnalités, ayant pour but de procurer du fret au transport maritime dans le parcours de France avec la côte occidentale d'Afrique.

En rémunération de ces apports, il est attribué aux fondateurs :

1^o 1 800 actions de 500 francs chacune entièrement libérées ;

2^o 1 800 parts bénéficiaires ;

3^o Une somme de 60 000 francs en remboursement des dépenses faites par eux.

Le capital social est composé :

1^o De 5 400 actions à souscrire en espèces ; elles composent la série « B » et jouissent d'une voix chacune ;

2^o Des 1 800 actions d'apport, formant la série « A », et jouissant de cinq voix aux assemblées.

L'attribution de ces actions d'apport assure donc aux fondateurs le contrôle de la société ($1\,800 \times 5$ contre $5\,400 \times 1$).

De façon générale, il arrive souvent, dans les sociétés qui se créent, que les apports en nature (fonds de commerce, exploitations, brevet, concession, etc.) soient rémunérés par l'attribution d'actions à vote plural. Il est bien évident que c'est l'initiative des fondateurs qui leur permet en fait de s'attribuer ce vote plural. Mais, du point de vue juridique, ce vote plural peut se justifier par des considérations réelles : l'importance particulière pour la société des apports en nature, leur supériorité à ce point de vue sur les souscriptions en numéraire ; la différence de nature entre ces deux fractions de capital sert de base suffisante à une inégalité des droits, aussi bien pécuniaires que d'administration.

2^o *Le vote plural est accordé à des actions qui ne se distinguent pas par ailleurs des autres actions.* — Bien souvent, les actions à vote plural sont souscrites en numéraire. Ainsi, d'après l'article 7 des statuts des Constructions électriques de France :

« Le capital social est fixé à 67 500 000 francs. Il est divisé en 675 000 actions de 100 francs chacune, *toutes émises contre espèces* et souscrites ; ces 675 000 actions sont réparties en 607 500 actions de la catégorie « A », numérotées de 1 à 607 500, et 67 500 actions de la catégorie « B », numérotées de 1 à 67 500.

« Les droits de vote respectifs de ces deux catégories sont déterminés par les articles... ci-après ; *les autres droits attachés aux actions sont identiques pour les deux catégories.* »

Comment justifier par des considérations réelles cette dif-

férence dans le droit de vote entre des actions toutes souscrites en numéraire à une même époque? Il y a là une manifestation d'*intuitus personæ* que rien ne vient masquer. Il n'est pas douteux que de pareilles inégalités créées non entre actions, mais entre actionnaires, ne soient contraires à l'esprit de la loi de 1867. Le système qu'elle institue repose, en effet, sur l'*intuitus pecuniæ*. Obligatoire pour les assemblées extraordinaires, cet *intuitus pecuniæ* est tempéré par la loi elle-même dans les assemblées constitutives par la limitation du nombre des voix ; l'article 27 laisse en principe les statuts libres d'organiser les conditions du vote aux assemblées ordinaires ; mais le texte de cet article montre bien que le législateur a entendu permettre par là un *intuitus personarum*, abstrait, de même nature que celui qu'il instituait dans les assemblées constitutives, et non pas un *intuitus personæ singularæ*. La loi du 16 novembre 1903 (art. 34 du Code de commerce) n'est pas venue autoriser cet *intuitus personæ singularæ* ; il n'est pas douteux que, dans l'esprit du législateur, l'inégalité qu'il permet de créer par les actions de priorité se justifie par la nature différente des diverses fractions du capital ou par le fait qu'elles n'ont pas été souscrites à la même époque.

II. Les actions à vote plural sont créées par délibération de l'assemblée générale extraordinaire. — Ici, on pourra presque toujours justifier l'attribution du vote plural aux nouvelles actions par des considérations réelles : l'assemblée générale extraordinaire procède à une augmentation de capital pour rémunérer des apports en nature au cours de son existence ; la nature particulière de ces apports justifie le vote plural qui leur est accordé. Même si l'augmentation de capital résulte de la création d'actions à souscrire en numéraire, le fait que ce capital ne court pas les mêmes risques que le capital souscrit à l'origine justifie une inégalité dans le droit de vote.

Quand il existe ainsi entre les actions ordinaires et les actions à vote plural une autre différence que ce vote plural (nature de l'apport ou époque de la souscription), cette diffé-

rence suffit à justifier, *intuitu pecuniæ*, l'attribution du vote plural ; elle masque tout au moins l'*intuitus personæ* que traduit en fait cette prééminence dans la gestion (1).

Mais, si l'on examine la création d'actions à vote plural pendant ces dernières années par les assemblées extraordinaires, on s'aperçoit qu'elle consacre un *intuitus personæ singulæ* caractérisé dans la société ; ces actions tendent à transformer les administrateurs, mandataires temporaires et révocables du capital, en gérants omnipotents et à vie de la société. Le législateur avait bien fait place à l'*intuitus personæ* dans la désignation des administrateurs ; ils ne sont pas tirés au sort parmi les actionnaires, mais choisis *intuitu personæ* en raison de leurs qualités personnelles. Mais cette désignation n'était que temporaire et toujours révocable ; l'*intuitus personæ* n'était toléré que parce qu'il était étroitement dépendant de l'*intuitus pecuniæ*. Avec le vote plural, au contraire, cet *intuitus personæ* dans la gestion va s'affirmer de façon définitive.

Prenons pour exemple la création d'actions à vote plural par l'assemblée générale extraordinaire du Crédit Lyonnais en septembre 1926. Le capital social fut porté de 250 à 255 millions par la création de 10 000 actions nouvelles à vote plural. La première résolution votée était ainsi conçue :

« Tous pouvoirs sont donnés au conseil d'administration pour fixer le taux auquel ces 10 000 actions sont émises, pour recueillir les souscriptions de toutes personnes qu'il jugera bon d'agréer, et généralement pour effectuer l'émission dans les conditions et sous les modalités qui lui paraîtront les plus favorables aux intérêts de la société. »

C'est bien une formule de pleins pouvoirs.

Il est évident que le conseil et ses amis souscriront eux-mêmes ces actions. Les administrateurs pourront ainsi approuver eux-mêmes leur gestion et se réélire indéfiniment.

Il est certain que cet *intuitus personæ* peut se justifier par

(1) Toutefois, il devient impossible d'invoquer une différence entre « actions » pour justifier le vote plural quand l'augmentation de capital consiste en actions toutes à souscrire en numéraire, de montant et à droits pécuniaires identiques, mais dont certaines jouissent d'un vote plural ; il y a là nécessairement une manifestation d'*intuitus personæ*.

la nécessité d'assurer la stabilité de la société : n'est-il pas légitime de confier la direction à ceux qui ont créé l'entreprise ou se sont révélés particulièrement aptes à la gérer ?

Mais cet argument soulève lui-même une grosse objection : le vote plural, accordé à certains actionnaires en raison de leurs qualités particulières, va survivre à la disparition de ces qualités. La garantie que la société trouvait dans ces qualités ayant disparu, le vote plural deviendra arbitraire.

Il est alors à craindre que ces actions à vote plural ne permettent à ceux qui les détiennent de créer de véritables biens de famille. « Ils veulent léguer l'entreprise à leurs enfants. Ils entendent que ceux-ci la détiennent, — peu importe leurs capacités, il suffit qu'ils soient les enfants, — pour passer aux petits-enfants, et ainsi de suite. Disons les choses telles qu'elles sont : une partie de la bourgeoisie vise à transformer les affaires en charges de notaires » (CAILLAUX, *Le Capital* du 23 août 1928).

Il est évident que l'*intuitus personæ* créé par les actions à vote plural, à côté de ses avantages multiples, peut présenter de grands dangers. Il remet définitivement le sort de la société entre les mains de quelques-uns. Aussi s'est-il dessiné un mouvement de réaction très net contre les actions à vote plural. On a conclu à la nécessité de revenir, en partie tout au moins, au vieux principe d'*intuitus pecuniæ* : le risque couru par celui qui gère la société constitue la meilleure des garanties. Aussi, tous les projets de loi sur le vote plural tendent-ils à le limiter étroitement : le droit reconnu à l'actionnaire à vote plural devra trouver sa base dans une mise suffisante pour garantir la loyauté de sa collaboration.

CONCLUSION

Une distinction classique sépare les sociétés en sociétés de personnes et de capitaux :

Une société est de personnes, par intérêts, lorsque les associés se sont unis en considération de leurs personnes, de leurs qualités morales, intellectuelles et économiques.

Une société est de capitaux, par actions, lorsque la considération de la personne est restée étrangère au contrat : l'actionnaire est un associé dont on ne recherche point les qualités individuelles, mais seulement la mise.

Notre première partie nous a permis de montrer le caractère imprécis d'une distinction reposant sur ce facteur psychologique. En fait, à l'origine de la société anonyme, société de capitaux par excellence, on trouve obligatoirement une initiative de la personne ; les capitaux nécessaires à l'entreprise ne se réunissent pas spontanément. Les fondateurs organisent le recrutement des premiers actionnaires ; le plus souvent, ces derniers ne seront pas choisis pour leur seule qualité de capitalistes : ils s'uniront en raison de leur parenté, de leur amitié, ou comme ayant une religion, une opinion politique, une profession, et plus souvent une activité économique semblable ; ils contractent donc *intuitu personæ*.

Cet *intuitus personæ* qui a présidé au choix initial des actionnaires contrôlera également leur renouvellement : des clauses particulières figurant dans les statuts exigeront de

ceux qui veulent pénétrer dans la société une qualité précise, ou conféreront aux représentants sociaux le droit d'apprécier librement s'ils présentent des garanties suffisantes (clauses d'agrément et de préemption).

La véritable *summa divisio* des sociétés n'est donc pas basée sur l'intention des parties de s'unir, ou non, en considération de la personne par des liens plus ou moins étroits, notion fuyante et qui comporte des tempéraments à l'infini ; elle repose sur le fait que les associés offrent aux tiers, en garantie des opérations de la société, soit une responsabilité personnelle, soit au contraire une responsabilité limitée à leur mise ; en d'autres termes, selon que la fiction de la personnalité morale masque complètement ou non aux tiers la personne des associés.

La société anonyme est donc essentiellement une société composée d'associés n'offrant aux tiers qu'une responsabilité limitée ; cette règle qui concerne le fonctionnement extérieur de la personne morale est d'ordre public ; les statuts ne sauraient y déroger. Au contraire, les actionnaires peuvent librement organiser leur recrutement et s'unir par des liens personnels plus ou moins étroits. Toutefois, une limitation indirecte et objective va restreindre le jeu de cet *intuitus personæ* : la société anonyme étant nécessairement par actions, la part de l'associé ne saurait être intransmissible.

Si l'on étudie les règles concernant la gestion de la société anonyme, on retrouve les mêmes dérogations apportées par l'*intuitus personæ* au principe d'*intuitus pecuniæ*. Mais ces termes vont prendre ici une acception différente et beaucoup plus extensive.

La loi du 24 juillet 1867 organise, contrairement au droit commun des obligations, la responsabilité limitée des actionnaires de la société anonyme. Cette règle présente les plus graves dangers pour les épargnants et pour les tiers appelés à contracter avec la société. Aussi le législateur a-t-il soustrait à la volonté des actionnaires les règles concernant la gestion de la société. Le pouvoir souverain est représenté par l'assemblée générale des actionnaires ; elle prend ses décisions à la majorité du capital, des actions, et non des associés ; ce sont

des « sacs d'écus » qui délibèrent, et cette fiction trouve son expression parfaite avec le titre au porteur. C'est là ce qu'il faut entendre par *intuitus pecuniæ*. Ce n'est donc plus un élément intentionnel de la part des contractants, mais l'essence même du système réglementaire de 1867. Cet *intuitus pecuniæ* dans la gestion repose sur une double considération :

1^o Si l'on se place au point de vue de l'actionnaire lui-même tout d'abord, et de la défense de son intérêt dans la société : puisqu'il n'a mis en commun avec les autres associés qu'une mise à laquelle se limite sa responsabilité, sans engager son crédit personnel, il n'est que juste de lui conférer dans la gestion des droits strictement proportionnels à cette mise ;

2^o Du point de vue de la société ensuite, cet *intuitus pecuniæ* trouve sa justification profonde dans une présomption de conformité entre l'intérêt du capitaliste et celui de la société : le risque couru par l'associé constitue la meilleure garantie de sa gestion.

L'*intuitus personæ*, le « fait de la personne », est venu déroger largement à cette loi du capital, soit directement, soit en s'attaquant à son fondement rationnel.

Ce fait de la personne, c'est tout d'abord l'indifférence montrée par l'actionnaire : il n'assiste pas aux assemblées ou s'y fait représenter par un tiers ; cet absentéisme ou cette représentation viennent fausser en fait le mécanisme de l'*intuitus pecuniæ*. C'est ensuite l'activité économique personnelle de l'actionnaire, qui, lui créant dans la société un autre intérêt que celui de capitaliste, vient détruire la présomption de conformité d'intérêt qui est à la base de l'*intuitus pecuniæ*. Enfin, les statuts dérogent directement eux-mêmes à ce principe en le tempérant par une certaine dose d'*intuitus personæ* : par la limitation du nombre de voix que peut posséder un même actionnaire, ils favoriseront la personne en général, considérée *in abstracto* ; ou bien, par une manifestation d'*intuitus personæ* plus flagrante encore, ils reconnaîtront à certains actionnaires, à raison de leurs qualités personnelles, une prépondérance dans la gestion : le vote plural est venu, en effet, remettre le sort de la société anonyme entre les mains de quelques-uns ; les administrateurs ne sont plus les mandataires

temporaires et révocables du capital ; jouissant, d'après les statuts, des pouvoirs les plus étendus, indéfiniment rééligibles, ils vont en fait, par le vote plural, approuver et renouveler leur propre mandat ; ils deviennent les dirigeants stables et indépendants de la société. Celle-ci n'est donc plus gérée *intuitu pecuniæ* par la masse des capitalistes, mais *intuitu personæ* par quelques hommes.

Vu : *Le doyen,*

H. BERTHÉLEMY.

Vu : *Le président de la thèse,*

J. PERCEROU.

Vu et permis d'imprimer :

Le recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- BEUDANT, Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de sociétés (*Rev. crit. législ. et jurisp.*, 1869, p. 135).
- BOURCART, De l'*intuitus personæ* dans les sociétés (*Journ. Soc.*, 1927, p. 513).
- CAMIER, Des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions (Thèse).
- CHESNELONG, Le droit de vote dans les assemblées générales des sociétés par actions (Thèse).
- CHIARO (ÉMILE DEL), Le contrat de société en droit romain (Thèse).
- CLAUDON, Des abus dans l'administration des sociétés par actions (Thèse).
- CORDONNIER, De l'égalité entre actionnaires (Thèse). L'actionnaire peut-il céder son droit de vote? (*Journ. Soc.*, 1927, p. 5).
- DAVID, La protection des minorités dans les sociétés par actions (Thèse).
- DUPONT, Omniums et syndicats de gestion (Thèse).
- ESCARRA, Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions (*Ann. Dr. com.*, 1911).
- FRAISSINGEA, Le double critérium de l'action (*Ann. Dr. com.*, 1914).
- HAURIOU, L'institution et le droit statutaire (*Rec. de législ. de Toulouse*, 1906).
- LAGARDE, Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits (*Rev. crit. législ. et jurisp.*, 1928, p. 65).
- LESCOT, Essai sur la période constitutive des personnes morales en droit privé (Thèse).
- LEVEN, De la nationalité des sociétés et du régime des sociétés étrangères en France.
- MARX, Le vote plural et les procédés de maîtrise dans les sociétés anonymes.
- MAZEAUD (H.), Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux (Thèse).
- MICHEL (R.), Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité (Thèse). De la cession du droit de vote attaché aux actions (*Rec. jur. Soc.*, 1926, p. 80).
- PERCEROU, Des fondateurs de sociétés anonymes (Thèse).
- THALLER, Les sociétés par actions dans l'ancienne France (*Ann. Dr. com.*, 1901, p. 185) ; Syndicats financiers d'émission. Organisation, responsabilité (*Ann. Dr. com.*, 1911, p. 5).
- WAHL, Les jetons de présence (*Journ. Soc.*, 1928, p. 5).
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION. — Origine et évolution de l' <i>intuitus personæ</i> dans le contrat de société.....	1
PREMIÈRE PARTIE. — De l' <i>intuitus personæ</i> dans le choix et le renouvellement des actionnaires de la société anonyme...	27
CHAPITRE I. — Les diverses formes que revêt l' <i>intuitus personæ</i> dans le recrutement des actionnaires.....	34
CHAPITRE II. — Principes juridiques limitant le jeu de cet <i>intuitus personæ</i>	66
DEUXIÈME PARTIE. — De l' <i>intuitus personæ</i> dans la gestion de la société anonyme.....	93
CHAPITRE I. — De l'absentéisme aux assemblées générales et de ses remèdes (jetons de présence, actions spéciales de vote, <i>investment trust</i>).....	102
CHAPITRE II. — De la représentation aux assemblées générales et de la cession du droit de vote. Les syndicats d'actionnaires.....	113
CHAPITRE III. — De l'intérêt que peut avoir l'actionnaire dans la gestion de la société anonyme en dehors de cette qualité (actionnaire administrateur ; omniums et holdings)..	139
CHAPITRE IV. — Des dérogations apportées par la loi ou les statuts à l' <i>intuitus pecuniæ</i> dans le vote aux assemblées (limitation du nombre de voix, actions à vote plural)....	155
CONCLUSION	174
BIBLIOGRAPHIE.....	178

967-5-29. — CORBEIL, IMPRIMERIE CRÉTÉ.

967-29. — CORBEIL, IMPRIMERIE CRÉTÉ.
